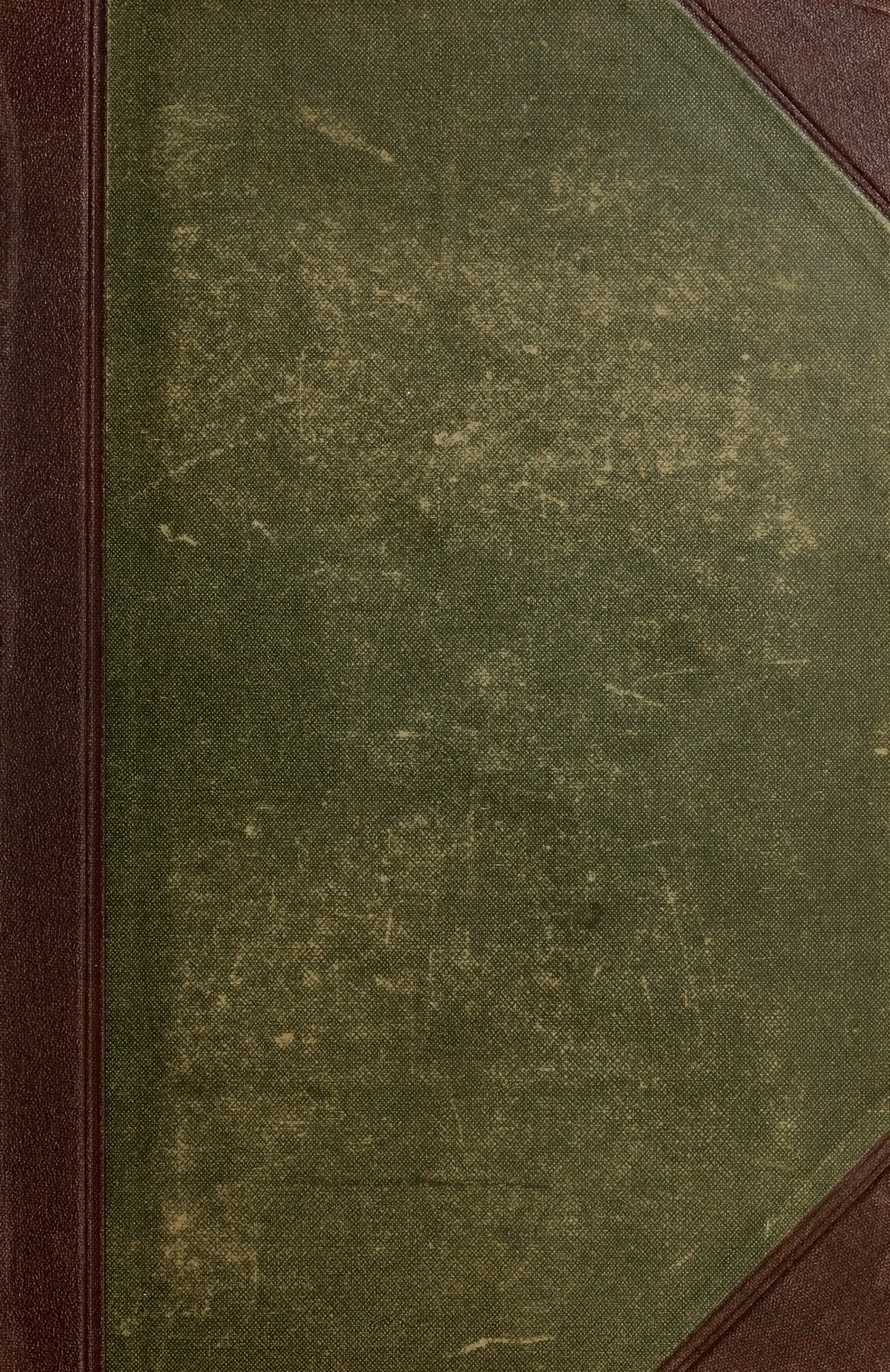
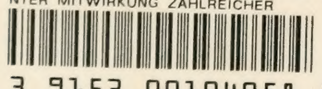
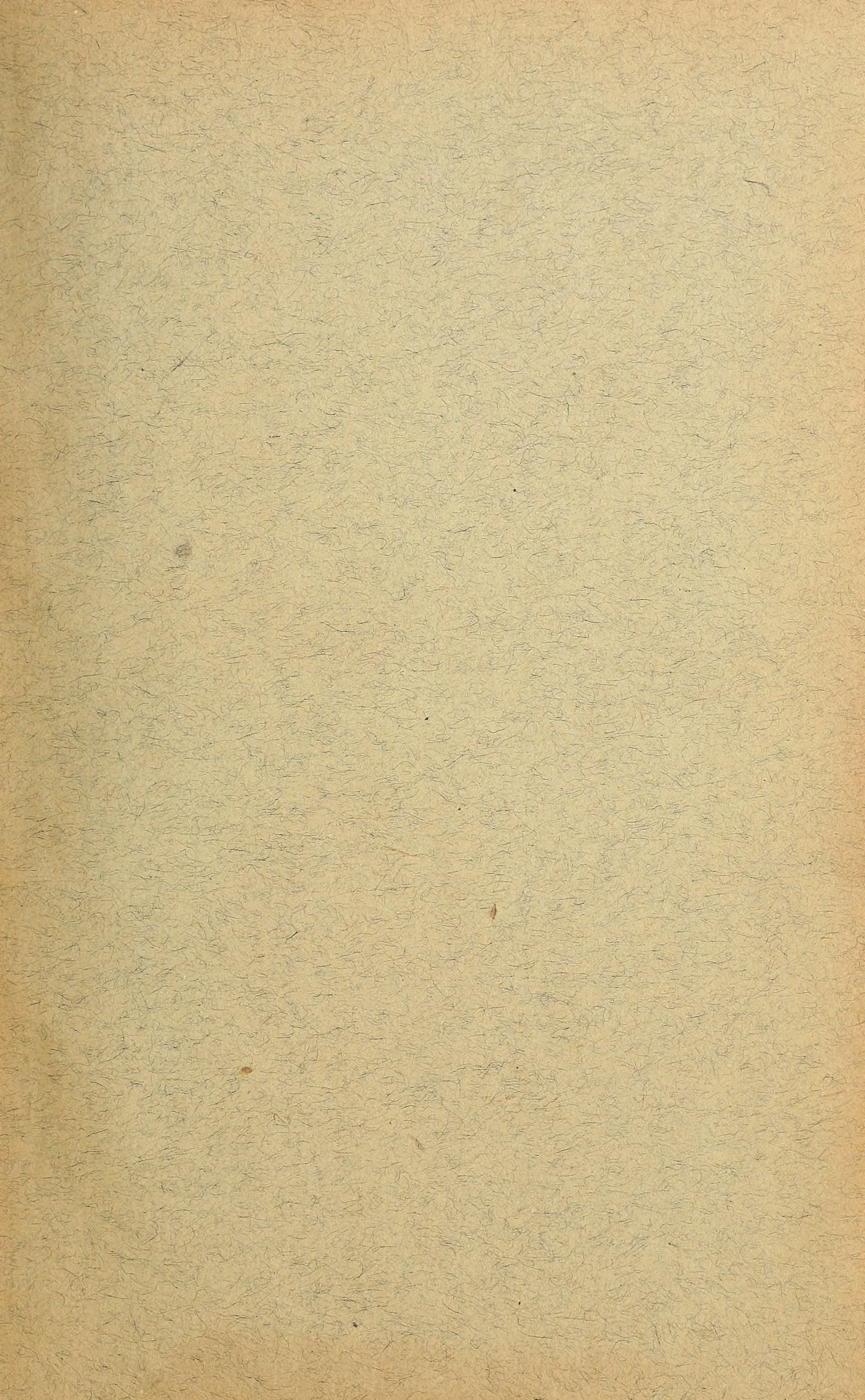
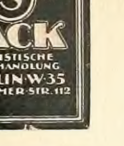
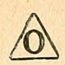



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT


BOOK 340.0943.J198 v.16 c.1
JAHRBUCH DES DEUTSCHEN RECHTES #
NTER MITWIRKUNG ZAHLREICHER
3 9153 00104058 5









Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Begründet von Dr. Hugo Neumann.

Herausgegeben von

Dr. Franz Schlegelberger, Kammergerichtsrat, und Dr. Theodor v. Olshausen, Geh. Kriegsrat und vortr. Rat im Kriegsministerium.

16. Jahrgang.

Bericht über das Jahr 1917.



Berlin, 1918.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9 Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentages: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Wiederum liegt ein Jahr ernster schwerer Arbeit hinter uns. Noch stehen wir mitten im Weltkriege, stolz auf die Leistung unseres Volkes in Waffen und am häuslichen Herd, hoffnungsfreudig ausblickend nach dem endlichen Sieg des Rechtes über Unrecht und Gewalt, aber auch reich an Entbehrungen und bis zum Höchstmaß belastet mit der Bürde verantwortungsvoller Pflichten. Bewundernd stehen wir vor der außerordentlichen Leistung der deutschen Rechtswissenschaft im Berichtsjahr. Sie ist, unter solchen Verhältnissen geschaffen, ein glänzendes Zeugnis für die Kraft des deutschen Geistes und die Freude an der Durchdringung deutschen Rechtes.

Unter Einsetzung ihrer ganzen Persönlichkeit haben die Mitarbeiter und Herausgeber, getreulich unterstützt durch die bewährte Freundschaft des Verlages, sich bemüht, auch in diesem Bande wiederum groß angelegte Forschungen und Rechtssprüche in die für die Zwecke des Werkes geeignete knappe Form zu gießen und flüchtig hingeworfene kluge Gedanken für die Dauer festzuhalten. Dabei hat uns das Streben geleitet, ohne sachliche Beeinträchtigung den Bericht nach Möglichkeit kurz zu gestalten, um trotz der Kriegszeit dem Werke freie Bahn zu schaffen für alle, denen wie uns die Kenntnis und Pflege unseres Rechtes Herzenssache ist.

Die Herausgeber.



Mitarbeiter des sechzehnten Jahrganges.

Boschan, Geheimer Justizrat, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV (mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts), Buch V, EGBGB. und Personenstandsgesetz.

Dr. Bruck, Professor, Direktor des Seminars für Versicherungswissenschaft in Hamburg: Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen und Gesetz über den Versicherungsvertrag.

Dr. Gottschalk, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 812—853; Reichshaftpflichtgesetz; Kraftfahrzeuggesetz; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; Börsengesetz.

Hoepfel, Landgerichtsdirektor in Nürnberg: BGB. §§ 705—811; HGB. §§ 1—406; Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz; Wechselordnung und Scheckgesetz.

Dr. Josef, Rechtsanwalt und Notar a. D. in Freiburg i. Br.: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Dr. Levin, Amtsgerichtsrat in Berlin: BGB. Buch I; Gerichtsverfassungsgesetz und Zivilprozeßordnung.

Neuberg, Geheimer Regierungsrat im Kaiserl. Patentamt in Berlin: Patentgesetz; Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern; Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen; litterarische und künstlerische Schutzgesetze; Gesetz über das Verlagsrecht.

Dr. Schaps, Reichsgerichtsrat in Leipzig: HGB. Buch IV; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz.

Dr. Senckpiehl, Amtsgerichtsrat in Werder a. d. H.: HGB. §§ 407—473 und Eisenbahnverkehrsordnung; Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr; Post-, Telegraphen- und Fernsprechrecht.

Dr. Sieburg, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz.

Dr. Stern, Amtsgerichtsrat in Berlin: Gesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen; Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Heinrich Stern, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 854—1296.

Volmer, Geheimer Justizrat und vortr. Rat im Kgl. Preuß. Justizministerium in Berlin: Grundbuchordnung.

Volz, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. §§ 241—704.

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Inhaltsverzeichnis des sechzehnten Jahrganges.

Nachweis der in den ersten sechzehn

Jahrgängen bearbeiteten Gesetze.

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.	11.	12.	13.	14.	15.	16.
1	1 u. 2 1	1 1	1 1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
2	2 318	1 755	1 665	529	602	578	575	568	526	553	514	436	405	386	496	423
3	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	422	532	455
4	—	2 317	2 134	870	1027	1060	1039	933	974	1074	1214	970	—	429	534	457
5	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1161	1343	1088	—	437	538	459
6	—	2 1	2 1	556	637	600	591	590	544	574	573	476	445	445	564	463
7	—	2 269	2 117	655	729	718	699	691	632	687	730	585	524	531	679	564
8	—	—	2 121	—	—	722	704	695	638	692	734	589	—	534	685	566
9	—	2 336	2 611	879	1038	1072	1048	939	981	1081	1220	975	782	539	541	567
10	—	—	—	—	—	—	1169	—	—	1146	1331	—	798	565	560	574
11	—	—	—	—	731	—	708	696	—	—	—	—	—	569	563	—
12	—	2 274	—	896	—	1086	1063	954	994	1108	1251	996	831	570	686	576
13	—	2 297	—	988	—	1112	1090	975	1014	1128	1276	1021	855	583	708	593
14	—	—	—	981	—	1129	—	984	—	1137	—	1072	824	595	719	598
15	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1134	—	1065	824	—	723	601
16	—	—	2 632	—	1053	—	1100	—	1022	—	1282	—	863	—	724	603
17	—	—	2 645	—	1066	—	1129	—	1064	—	1327	—	878	—	740	618
18	—	—	2 648	—	1068	—	1135	—	1070	—	—	1029	—	599	746	620
19	—	—	2 667	—	1079	—	1158	—	1085	—	—	1052	—	614	756	628
20	—	—	—	—	1078	—	1155	—	1083	—	—	1060	—	619	—	629
21	—	—	—	—	1068	—	1167	—	1089	—	—	1059	—	620	—	—
22	—	—	2 677	—	1083	—	1165	—	1088	—	—	1064	—	622	—	629
23	—	—	—	—	1084	—	—	1005	—	1163	—	1094	—	622	758	630
24	—	—	—	—	—	—	—	1031	—	1185	—	1132	—	635	765	633
25	3 1	—	2 320	657	736	724	709	698	639	693	738	591	528	693	810	670
26	3 16	—	2 336	633	746	737	718	709	656	710	764	616	532	714	852	695
27	—	2 361	2 290	771	902	937	894	841	813	893	1013	808	—	867	1143	841
28	—	2 478	2 253	800	942	972	—	1151	—	1003	—	887	—	885	1037	853
29	—	2 520	2 285	823	960	1009	—	1228	—	1051	—	945	—	939	1065	875
30	—	—	2 176	850	988	—	978	—	864	—	1064	—	650	950	1069	880
31	—	2 333	2 172	868	—	1056	—	921	—	1063	—	962	—	1016	1124	922
32	—	2 395	2 145	828	962	1020	942	880	924	947	1139	828	720	1025	1128	927

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.

ACivPr. = Archiv für civilistische Praxis.

AfP. = Kaiserliches Aufsichtsamt für Privatversicherung.

AnnVers. = Annalen des gesamten Versicherungswesens.

AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.

AÖstGZ. = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.

AssekJahrb. = Ehrenzweigs Assekuranzjahrbuch.

BadNotZ. = Badische Notarszeitung.

BadRpr. = Badische Rechtspraxis.

BankA. = Bank-Archiv.

BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und für Gesellschaften m. b. H.

BayNotZ. = Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.

BayObLG. = Entscheidungen d. Obersten Landesgerichts f. Bayern in Gegenständen d. Zivilrechts (z. B. BayObLG. 17. 7. 17; 18, 226 oder 17. 7. 17, E. 18, 226).

BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.

BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.

BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.

BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.

BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß . . . Begründet von Busch.

DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.

DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.

DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

DRAZ. = Deutsche Rechtsanwaltszeitung.

DRZ. = Deutsche Richterzeitung.

DVerkZ. = Deutsche Verkehrszeitung.

DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.

DVersicherungsZ. = Deutsche Versicherungszeitung.

EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.

EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.

EisenbVereinsZ. = Zeitung des Vereins deutscher Eisenbahn-Verwaltungen.

ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.

ETZ. = Elektrotechnische Zeitschrift.

FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschr. f. Praxis und Gesetzgebung d. Verw. f. d. Königr. Sachsen.

FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.

FürsorgeZ. = Zentralbl. f. Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.

GenBl. = Blätter für Genossenschaftswesen.

GesuR. = Gesetz und Recht.

GewA. = Gewerbearchiv.

GewG. (mit Ort, z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.

GewuKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschr. d. Verbandes Deutscher GewG. und KfmG.

GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.

GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.

GoltdA. = Archiv f. Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.

GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.

GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.

HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung (z. B. HansGZ. 17 Bbl. 106).

HansRZ. = Hanseatische Rechts-Zeitschrift.

HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatschrift f. Handelsrecht, Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (die arabische Ziffer bezeichnet den Jahrgang).
JheringsJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des KG. in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LeipzZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
MasiusRdsch. = Masius' Rundschau des Versicherungswesens.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
MittöffFeuerversAnst. = Mitteilungen für die öffentl. Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
MittVerbdPatAnw. = Mitteilungen des Verbandes deutscher Patentanwälte.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
NiemeyersZ. = Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrJMBl. = Preußisches Justizministerialblatt.
PrOVG. = Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts (z. B. PrOVG. 16. 3. 17; 70, 264).
PrVerwA. = Preußisches Verwaltungsarchiv.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
R. = Das Recht. Herausgegeben von Dr. jur. Th. Soergel. (R. 17 Nr. 263 = Entsch. aus der „oberstrichterlichen Rechtsprechung").
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausgegeben von A. Reger.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (z. B. RG. 13. 3. 17; 90, 25).
RG. (Strafs.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinA. = Archiv für das Zivil- und Strafrecht der Kgl. Preuß. Rheinprovinz.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
RuW. = Recht und Wirtschaft.
SächsOLG. = Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SaskVersZ. = Saskische Zeitschrift für Versicherungswesen.
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SozPr. = Soziale Praxis.
SSZ. = Speditions- und Schiffahrtszeitung.
Standesa = Das Standesamt. Herausgegeben von L. Schmitz.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VA. = Veröffentlichungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung.
VA.* = Anhang zu den Veröffentlichungen des Aufsichtsamts (z. B. VA. 17, *46).
Wallmann = Wallmanns Versicherungszeitschrift.
WarnE. = Warneyers Jahrb. der Entscheidungen, Ergänzungsband.
WuRVers. = Wirtschaft und Recht der Versicherung.

WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
WZ. der Zentralmächte = Wirtschaftszeitung der Zentralmächte.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBlFG. = Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit u. Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZfdJustSekr. = Zeitschrift für Deutsche Justizsekretäre.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
ZfZollw. = Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern.
ZVölkR. = Zeitschrift für Völkerrecht.

---

* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Zeitschriften sind nach dem Kalenderjahr und, wenn dieses den Band nicht zweifelsfrei bezeichnet, nach der Bandzahl angeführt.
Ortsname mit Datum bedeutet Oberlandesgericht (z. B. Dresden 15. 2. 17 = Oberlandesgericht Dresden).

Bürgerliches Gesetzbuch.

Zur Lehre von den Rechtsquellen. Methode der Rechtswissenschaft. Auslegung im allgemeinen.

Schrifttum: Arndt, Über das Erfordernis des Gesetzes im preußischen Verfassungsrechte, VerwA. 23, 172. — Ehrlich, Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes, JheringsJ. 67, 1. — Engelmann, Wann beginnt die verbindliche Kraft eines Reichsgesetzes, das mit dem Tage der Verkündung in Kraft tritt? LeipzZ. 17, 98. — Ernst Fuchs, Zur juristischen Neuorientierung, JW. 17, 323. — Gierke, Recht und Sittlichkeit, Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur 6, 211. — Kretschmar, Grundfragen der Privatrechtsmethodik, JheringsJ. 67, 233. — Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Rechte und Zivilprozesse, Bd. I, 1912, Bd. II, 1916. — Leonhard, Rechtsprechung und Verwaltung, VerwA. 23, 166. — Merkl, Das Rechte im Lichte der Auslegung, DRZ. 17, 162; 384, 443. — Merkl, Wer hat Recht? DRZ. 17, 162. — Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915. — Hierzu Staffel, ZBlFG. 17, 401. — Weyer, Bemerkungen zu Hans Vaihingers Theorie der juristischen Fiktionen, RheinZ. 9, 1. — Wolzendorff, Besprechung von Loos, Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht 1916, JW. 17, 340.

I. Zur Lehre von den Rechtsquellen.

1. Wann beginnt die verbindliche Kraft eines Reichsgesetzes, das „mit dem Tage der Verkündung“ in Kraft tritt? Engelmann 98. Ein mit dem Tage der Verkündung in Kraft getretenes Reichsgesetz ist vom Beginne des Tages ab verbindlich, an welchem die das Gesetz enthaltende Nummer des RGBl. in Berlin ausgegeben worden ist. (Ebenso München 27. 12. 16, JW. 17, 617, Hamburg 2. 4. 17, HansGZ. 17 Beibl. 231, **RG.** 7. 12. 17 II 293/17, NorddAllgZtg. 1918 Nr. 30 Morgen-Ausg., Schlegelberger, Kriegsbuch 5 VI; anders KG. 25. 10. 16, JW. 16. 1545, das den Ablauf des Tages entscheiden läßt und Oertmann, JW. 17, 617 Anm. 7: Wenn die VO. v. 8. 11. 15, RGBl. 735 mit dem Tage der Verkündung in Kraft treten will, so kann das folgerecht nur für die Zeit nach vollendeter Verkündung, d. h. nach erfolgter Ausgabe des RGBl. zu verstehen sein, und da sich praktisch ein bestimmter Augenblick dieser Ausgabe nicht wird nachweisen lassen, so kommt es im Ergebnis auf das Ende des Verkündigungstags an.

2. Über das Erfordernis des Gesetzes im preußischen Verfassungsrechte. Arndt 172. Der Grundirrtum der heute in Deutschland vorherrschenden staatsrechtl. Theorie ist der, daß sie das Gesetz nur konstruiert, anstatt daß sie das Leben und die Wirklichkeit in Betracht zieht. Die heutige Wissenschaft stellt auf den Unterschied ab zwischen Rechts- und Verwaltungsnormen. Darüber aber, was Rechtsnormen sind, gehen die Ansichten nach allen Richtungen auseinander. Viele Gelehrte, z. B. Zorn, bestreiten sogar den Unterschied zwischen Rechts- und Verwaltungsnorm. Schon aus diesem praktischen Grunde kann man die preuß. Verfassung nicht danach auslegen, daß ein Gesetz zu erfordern ist, wenn es sich um eine „Rechtsnorm“ handelt.

3. Rechtsprechung und Verwaltung. Leonhard 166. Was die Rechtspflege elastisch macht, das nähert sie der Verwaltung. Treu und Glauben, Beachtung der Verkehrssitte, Ortsüblichkeit, Billigkeit und Schonung der guten Sitten sind für die Verwaltung selbstverständlich, ebenso die „verständige Würdigung nach den Umständen des Falles“. In beiden Zweigen ist das freie Ermessen, soweit es zugelassen wird, dasselbe, nämlich ein billiges Ermessen, das unser Gesetzbuch treffend von freiem Belieben unterscheidet (BGB. § 319). Eine allzu große Annäherung der verschiedenen Formen der Rechtspr. an diejenigen der Verw. ist schon aus Gründen der Politik nicht erwünscht. —

Der Rechtspfleger vergißt leicht, daß seine Arbeit nur Mittel zum Zwecke des Gemeinwohls ist, niemals Selbstzweck. Hierin vermag ihn die Verwaltungswissenschaft zu belehren. Ein Verwaltungsbeamter klagt oft mit Unrecht über die Schranken des Rechtes, weil sie nicht dem schwankenden Bedürfnisse des Tages angepaßt sind.

II. Zur Methode der Rechtswissenschaft.

1. Wolzendorff 340. Es handelt sich um Bildung neuer Rechtsformen aus dem sozialen Leben heraus; ihre Findung, die die Aufgabe der Wissenschaft ist, kann daher nicht geschehen aus den im Gesetzesrecht fortgeschleppten veralteten Formeln römischer Zivilistik, sondern nur aus den im sozialen Leben selbst erwachsenen Rechtsgedanken.

2. Weyer 1 stellt fest, daß Vaihinger das Recht als Gegenstand der wissenschaftl. Erkenntnis ganz i. S. der heutigen offiziellen Rechtswissenschaft auffaßt. Daraus folgt auch, daß seine Theorie der juristischen Fiktionen im großen und ganzen der herrschenden Auffassung der Rechtswissenschaft folgt. Hingewiesen wird ferner auf Vaihingers Betonung der engen Verwandtschaft der Rechtswissenschaft mit der Mathematik und auf die für eine richtige juristische Erkenntnis so wichtige Herausarbeitung des Unterschiedes zwischen Hypothese und Fiktion.

3. Kretschmar 233 versucht das Recht der logischen (konstruktiven) und der teleologischen (auf Interessenabwägung gerichteten) Betrachtungsweise gegeneinander abzugrenzen (unter Auseinandersetzung insbesondere mit Stampe, Die Freirechtsbewegung 1911, Heck, Problem der Rechtsgewinnung 1911 und Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AZivPr. 112 und Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft 1911). Die Verwertung des konstruktiv-systematischen Gesichtspunkts bei der Beurteilung der Lebensverhältnisse hat nicht die Bedeutung, eine Interessenabwägung innerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens auszuschließen, sondern nur die äußerste Grenze zu offenbaren, bis zu der bindende Gebotsnormen vorliegen (292). — Das konstruktive Verfahren soll keineswegs auf die volle Durchdringung der Wirklichkeit verzichten, vielmehr die unter Zuhilfenahme der Analyse, der Induktion und des Gedankenexperiments gewonnenen Rechtssätze zur vollen begrifflichen Klarheit und zum Einklang mit den gegebenen bringen (296).

III. Auslegung im allgemeinen.

1. Über richterliche Rechtsfindung im allgemeinen. Ehrlich behandelt vier Stücke aus einem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung. I. Auslegung des Rechtssatzes (1—28). Wird der Rechtssatz durchweg im Sinne seines Urhebers ausgelegt, wird er also tatsächlich auf die Verhältnisse und Interessengegensätze bezogen, für die er i. S. seines Urhebers gelten sollte, dann wird er nicht leicht zu den „unerträglichen" Entscheidungen führen, über die so häufig geklagt wird. II. Die praktische Behandlung des Rechtssatzes (28—54). Es wird gezeigt, daß die Rechtswissenschaft die historische Auslegung i. S. des Urhebers des Rechtssatzes verwerten müsse, daß es eine wirklich „objektive" Auslegung nicht gibt, sondern, was man so nennt, immer eine subjektive Auslegung vom Standpunkt des Hörenden ist (vgl. hierüber schon 6—15). Abgelehnt wird die sog. „teleologische" Auslegung, da darunter die Zwecke verstanden werden, die der Anwender des Rechtssatzes für anstrebenswert hält. Für die Rechtspflege ist nur die historische Auslegung maßgebend, denn die Rechtspflege hat die Aufgabe, das durchzuführen, was der Urheber im Rechtssatze anordnen wollte, und weil nur die historische Auslegung darüber, was der Urheber anordnen wollte, Aufschluß gibt. — Die eigene Interessenabwägung und Schutzgewährung des Richters ersetzt erst dann die des Urhebers, wenn er das Auslegen aufgibt, und das kann er nur tun, wenn er weiß, daß die Auslegung zu keinem Ziele führt (38). III. Der Rechtssatz und das Juristenrecht (54—68). Wo der Richter bei Anwendung eines Rechtssatzes eine selbständige Interessenabwägung und Schutzgewährung vornehmen mußte, weil der Sinn unergründet oder unbestimmt oder widersprechend war, oder weil der Urheber

absichtlich eine Lücke offen ließ, soll er das nicht durch logische Trugschlüsse aus dem Wortlaut des Gesetzes decken, sondern das, was ist, auch sagen dürfen (67). IV. Wandlungen des Rechtssatzes (68—80). Wer den Rechtssatz für die Zwecke der Rechtspflege auslegt, kann ihn nicht an den Rechtsfällen der Zeit messen, aus der der Rechtssatz hervorgegangen ist, sondern an den Rechtsfällen, die die Gegenwart vor den Richterstuhl bringt. Indem er erkennt, ob für diese Rechtsfälle noch die Interessenabwägung und Schutzgewährung des Urhebers gilt, sieht er ihn bereits mit den Augen seiner eigenen Zeit an, und wendet ihn so an, wie es seine eigene Zeit verlangt.

2. Darüber, daß das Gesetz noch garnicht „jene Individualisierung der Rechtserscheinung aufweisen kann, wie sie im letzten Akte der Rechtsanwendung erzielt wird, da es eine bewußtermaßen vor der Rechtsanwendung eingeschobene Rechtsform, Entwicklungsstufe des Rechts darstellt", eingehend Merkl, DRZ. 17, 162.

3. Fuchs 323. Geblieben ist als Hauptquelle von Fehlurteilen der immer noch nicht ausgerottete Aberglaube an eine allumfassende Lückenlosigkeit des geformten Gesetzesrechts und an die Allweisheit eines alle Verwicklungen und Veränderungen vorausschauenden Gesetzgebers. Vor allem fließt aus dieser Anbetung des Buchstabens der ohne Rücksicht auf den tieferen Sinn und Zweck einer Norm aus ihr rein sprachlich gezogene, falsche Umkehr- oder Gegenschluß an Stelle der der entsprechenden (analogen) Anwendung. Es gibt auch einen richtigen Gegenschluß, gerade wie es einen falschen Analogieschluß gibt. Richtige Gegen- und Analogieschlüsse sind stets nur aus dem vernünftigen und gerechten Ergebnis zu rechtfertigen, niemals aus den Worten und Buchstaben. Vgl. JDR. 15, II 2 vor § 1.

4. Leonhard 163. Ein Festhalten am Wortlaute des Gesetzes ohne Rücksicht auf das Ziel der Worte hat stets als stümperhaft gegolten. — Unter allen Umständen müssen die Begriffe soziologisch und konstruktiv als völlig verschiedene Dinge angesehen werden. Gesetzesanwendung ist mit Subsumtion identisch und auch von der Auslegung gar nicht zu trennen. Im Grunde kann dies niemand bezweifeln, denn allgemeine Gesetze werden ja zu dem Zwecke erlassen, daß man einzelne Tatsachengruppen unter sie stellt.

5. Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz vgl. a) die Einzelschrift einerseits von Lent (Bd. I), andererseits von Schmidt. Beide ergänzen die bisherige, zuerst von Hellwig in das bürgerl. Recht eingeführte Behandlung der Gesetzeskonkurrenz, indem außer der sog. Spezialität (Grundsatz, daß die lex specialis der lex generalis vorgeht) auch die anderen Formen der Gesetzeskonkurrenz, „Konsumtion", „Subsidiarität" und „Idealkonkurrenz" untersucht werden. Lent erblickt die Hauptaufgabe in der Feststellung der Grundlage, der Einheit des Tatbestandes, in der Erörterung der Grundsätze, nach denen sich im bürgerlichen Rechte die Einheit des Tatbestandes bestimmt. Im einzelnen werden die sog. „Individualisierungsmomente" entwickelt, d. h. die Tatsachen, deren Verschiedenheit die Abgrenzung der Tatbestände gegeneinander ermöglicht, deren Gemeinsamkeit die Einheit der Tatbestände, die Identität, zur Folge hat. Bei der Behandlung der Idealkonkurrenz entscheidet sich Lent für die „Kombination" der Rechtsfolgen, da beide Gesetze gleichartig sind. Von diesem Wege muß man abgehen, wenn sich im Gesetze selbst eine Vorschrift findet, welche das Verhältnis mehrerer Bestimmungen zueinander regelt, ferner wenn die Gesetze widersprechende Rechtsfolgen festsetzen, d. h. solche, die sich nicht vereinigen lassen. Hierzu die ausführlichen Erörterungen von Schmidt, dessen Schrift auf formallogischer Grundlage aufgebaut ist, 3—23; 230—241; — gegen den Grundsatz, daß die l. generalis durch die l. specialis verdrängt werde (**RG.** 63, 270) S. 33ff.; — für die verschiedene Behandlung der Idealkonkurrenz nach bestimmten Unterscheidungsmerkmalen unter erschöpfender Erörterung der Einzelfälle und Ablehnung von **RG.** 61, 171; 62, 285; 70, 429 S. 73ff., 85ff., 93ff., 97ff., 103ff., 135ff., 163ff., 178ff., 208ff.

b) Staffel 401. Die Lösung der Konkurrenzfrage ist in erster Linie auf eine Vergleichung der Zwecke und der Rechtsfolgen der konkurrierenden Regeln angewiesen. Nur

in seltenen Fällen führen hierbei schon rein logische Erwägungen zum Ziel, in der Hauptsache wohl nur, wenn die Rechtsfolgen der mehreren Vorschriften miteinander unverträglich sind, wie es z. B. der Fall ist, wenn auf ein Rechtsgeschäft sowohl die Merkmale des § 138 Abs. 1 wie der § 817 zutreffen. Im übrigen sind Konkurrenzfragen Auslegungsfragen, weil es sich um eine Abgrenzung des Anwendungsbereichs der konkurrierenden Vorschriften im Verhältnis zueinander handelt, und diese eine Bestimmung der Tragweite jeder einzelnen Vorschrift voraussetzt. — Auch in der Konkurrenzlehre zeigt sich die alte Wahrheit, daß die Rechtsanwendung in weitgehendem Maße nicht eine Sache der Wissenschaft, sondern eine Kunst ist.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Schrifttum: Bartolomäus, Zur Frage der Bedeutung des heroldamtlichen Gutachtens für die Adelseigenschaft, PosMschr. 17, 2. — Delius, Schutz gegen Anmaßung des Adels, GesuR. 18, 276. — Dittrich, Der gesetzliche Wohnsitz der Militärpersonen, BayRpflZ. 17, 47. — Horn, Die Todeserklärung Kriegsverschollener, 1917. — Klein, Aufenthaltsverbote und Wohnsitz-Begründung und -Aufhebung, BayRpflZ. 17, 201. — Leonhard, Zur Todeserklärung Kriegsverschollener, DJZ. 17, 779. — Marcus, Die Todeserklärung Kriegsverschollener, GesuR. 18, 241. — Meyer, Todeserklärung kriegsverschollener Mitglieder einer Genossenschaft, GenBl. 17, 25. — Mrozek, Der dienstliche Wohnsitz des preuß. Gerichtsassessors, GesuR. 18, 347. — Partsch, Die amtsgerichtliche Praxis zur Kriegstodeserklärung, BadRpr. 17, 71. — Partsch, Die Bundesratsbekanntmachung über die Todeserklärung Kriegsverschollener, 1917. — X., Namensänderung von Kriegerbräuten und Namensgebung unehelicher Kinder nach österr. Recht, FürsorgeZ. 17, 113. Vgl. N. N., Die Verleihung der Bezeichnung „Frau" für Kriegerbräute, WürttZ. 59, 271. — Zeiler, Der Name mit „von" in zwiespältiger Rechtsprechung, R. 17, 271.

§ 6.

1. Begriff der Geisteskrankheit und Geistesschwäche. **RG.** 14. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 913, JW. 17, 846, LeipzZ. 17, 1122, WarnE. 17, 360. Im Rechtssinne beruht die Geistesschwäche ebenso wie die im § 6 Nr. 1 angeführte Geisteskrankheit auf einer Störung der Geistestätigkeit, nur mit dem Gradunterschiede, daß die Geistesschwäche als die leichtere Form schon vorliegt, wenn die geistigen Kräfte mangelhaft und unvollkommen entwickelt sind, ohne daß dies gerade durch eine geistige Erkrankung im eigentlichen Sinne verursacht sein muß (JW. 00, 848, 867; 05, 395, **RG.** 50, 203, GruchotsBeitr. 49, 881). Immerhin müssen dem Geisteszustande des zu Entmündigenden selber Merkmale klinisch-medizinischer Art anhaften, auf die die Geistesschwäche zurückzuführen ist und durch die sie als eine anormale Geistesbeschaffenheit gekennzeichnet wird. Erst wenn das Gericht auf ärztlich befundene Merkmale eine Geistesschwäche festzustellen vermag, kann nach § 6 Nr. 1 der weiteren, rein rechtlichen Frage näher getreten werden, ob der zu Entmündigende infolge Geistesschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. — Keinesfalls kann die Vorfrage der Geistesschwäche schon daraufhin bejaht werden, wenn der zu Entmündigende derart zur Besorgung seiner Angelegenheit unfähig erscheint, daß über ihn die mildere Entmündigung mit der Folge der beschränkten Geschäftsfähigkeit verhängt werden müsse, um ihn vor Schaden zu bewahren. Denn damit würde die Unfähigkeit zur Besorgung der Angelegenheiten, die nach dem Gesetze nur als Folge der Geistesschwäche in Betracht kommt, als unmittelbares Merkmal der Geistesschwäche aufgestellt und gewissermaßen sogar als die eigentliche Voraussetzung der Entmündigung zugelassen.

2. Verhältnis des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB. zu § 1569 BGB. **RG.** 7. 2. 16, WarnE. 17, 362. Inwieweit der Geisteskranke durch seine Krankheit in der Besorgung seiner Angelegenheiten behindert wird, ist nur bei der Entmündigung von Bedeutung und führt je nach dem Grade dieser Beeinflussung seiner Geschäftsbefähigung zur Feststellung des einen

oder des anderen Entmündigungsgrundes mit den sich aus dieser formellen richterlichen Feststellung ergebenden, voneinander verschiedenen materiellen Rechtsfolgen. Bei der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit kommt es dagegen ausschließlich darauf an, ob die geistige Erkrankung die von den Entmündigungsvoraussetzungen völlig verschiedenen, ausschließlich das Eheleben betreffenden Folgen gehabt hat, so daß in dem nämlichen Falle die Entmündigungsvoraussetzungen unerfüllt, die Scheidungsvoraussetzungen dagegen erfüllt sein können (§ 1569 wurde im gegebenen Falle angewendet, trotzdem fortdauernde Geschäftsfähigkeit und demgemäß die Prozeßfähigkeit bejaht).

3. Entmündigung wegen Verschwendung. **RG.** 26. 4. 17, LeipzZ. 17, 966, R. 16 Nr. 1365. (Der 81 Jahre alte Kl. hatte mit der Witwe J., die er als Hausiererin in einem Gasthause kennen gelernt, einen not. Vertrag des Inhalts geschlossen, daß er gegen die auf 800 M. jährlich veranschlagte Verpflichtung, ihn lebenslänglich zu unterhalten und für sein Begräbnis Sorge zu tragen, sich verpflichtete, sein, auf 26427 M. angegebenes, ganzes Vermögen einschl. der Grundstücke zu übertragen. Die Entmündigung wegen Verschwendung wurde vom RG. bestätigt.) Was die objektiven Erfordernisse anbetrifft, so rechtfertigt schon der Umstand, daß der Kl. sein ganzes Vermögen für Gegenleistungen, die mit diesem Vermögen außer allem Verhältnisse standen, hinzugeben sich verpflichtete, die Annahme einer unwirtschaftlichen Vergeudung, gleichviel wieweit der Kl. bereits den Vertrag zur Ausführung gebracht und sein Stammvermögen flüssig gemacht hat. — In subjektiver Beziehung genügte schon seine geistige Gebrechlichkeit (JW. 05, 166), die ihn die Folgen seines Handelns nicht mehr überblicken läßt, sowie die völlige Abhängigkeit, in die er bei seinem hohen Alter zu der J. geraten ist.

§ 7.

1. Voraussetzungen der Wohnsitzbegründung. Braunschweig 27. 2. 17, BraunschwZ. 64, 92. Das Gesetz verlangt nur eine Niederlassung, nicht auch, daß der Wohnsitz Mittelpunkt der gesamten Tätigkeit der sich niederlassenden Person sei. Die Ausübung der Berufstätigkeit allein ohne eigene Wirtschaft reicht deshalb jedenfalls da nicht zur Begründung eines Wohnsitzes aus, wo die betreffende Person anderswo eine Wohnung und Wirtschaftsführung hat. — Vgl. zum Begriff des Wohnsitzes JDR. 15, 1, **RG.** 23. 9. 16, jetzt auch BayRpflZ. 17, 50 u. FrankfRdsch. 50, 195.

2. Über Wohnsitz im steuertechnischen Sinne vgl. Lade, PrVerwBl. 38, 455, BadVerwGH. 14. 12. 15 u. 6. 3. 17, BadRpr. 17, 57 u. 138; insbesondere i. S. des Reichsdoppelsteuergesetzes ThürOVG. 1. 4. 16, JW. 17, 560.

3. Bedeutung der Steuerveranlagung für die Ermittlung des Wohnsitzes BayObLG. 5. 7. 17, Entsch. 18, 126.

4. Dienstlicher Wohnsitz der preußischen Gerichtsassessoren. PrOVG. 24. 3. 17, GesuR. 18, 347. Die preuß. Gerichtsassessoren werden nach § 3 Abs. 1 des preuß. AGGVG. v. 24. 4. 78 nach ihrer Ernennung einem AG. oder LG. oder mit ihrer Zustimmung einer StAschaft zur unentgeltlichen Beschäftigung durch den JustMin. überwiesen. Nach § 4a sind sie verpflichtet, auf Anordnung des Ministers die Verwaltung einer Amtsrichterstelle, die Stellung eines Hilfsrichters oder eines Hilfsarbeiters bei der StAschaft zu übernehmen. Nach Beendigung eines solchen Auftrags treten sie bei dem AG. oder der StAschaft, wohin sie zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen waren, wieder ein und dürfen nach § 3 Abs. 2, abgesehen von jenen besonderen Aufträgen, nur mit ihrer Zustimmung von diesem Orte versetzt werden. Bei dieser Regelung der Beschäftigung muß als dienstlicher Wohnsitz eines preuß. Gerichtsassessors der Ort seiner jeweiligen Beschäftigung gelten

5. Doppelter Wohnsitz. Aufgabe des Wohnsitzes. PrOVG. 8. 2. 16, OLG. 35, 26. Ein doppelter Wohnsitz ist vorhanden, wenn jemandem gleichzeitig an mehreren Orten eingerichtete Wohnungen zur Verfügung stehen, die er zum dauernden, wenn auch nicht ununterbrochenen Aufenthalte dergestalt benutzt, daß von jedem Orte

aus, sobald an ihm Aufenthalt genommen wird, die Lebensverhältnisse in ihrer Gesamtheit bestimmt werden (OVG. 54, 185). — Nach § 7 Abs. 3 genügt nicht der Wille allein, die Niederlassung aufzuheben, auch tatsächlich muß das Niederlassungsverhältnis gelöst werden. Hierfür ist aber unerheblich, ob in der Wohnung des Inhabers jemand von seiner Familie oder den Bediensteten gewohnt hat, denn zum Vorhandensein eines Wohnsitzes ist nur erforderlich, daß in der die ständige Niederlassung darstellenden Wohnung ein dauernder, nicht aber ein ununterbrochener Aufenthalt genommen wird. Die polizeiliche Abmeldung aller Personen, die sonst die Wohnung bewohnten, ließ die bisherige tatsächliche Gestaltung des Niederlassungsverhältnisses unberührt, denn die eingerichtete Wohnung blieb dem Kl. für den jederzeitigen Gebrauch trotz der Abmeldung zur Verfügung.

6. Aufenthaltsverbote und Wohnsitzbegründung. Klein 201. Trotz eines gesetzlichen oder behördlichen Aufenthaltsverbots kann das domicilium voluntarium begründet werden, falls nur der Tatbestand dieser Rechtshandlung im engeren Sinne: objektives Moment: tatsächliche Niederlassung, subjektives Moment: Wille zur ständigen Niederlassung (Domizilwille) verwirklicht wurde. Im Hinblick auf die Interessen der Personen, die im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand mit der Wohnsitzbegründung rechnen, ist es geboten, daß die mit Domizilwille vorgenommene tatsächliche Niederlassung als wirksam begründeter Wohnsitz behandelt wird.

§ 9.

1. Zur Auslegung des Abs. 2 im allgemeinen. Dittrich 47. Die Heereszugehörigkeit kann nur zweierlei Rechtsgrundlagen haben, nämlich eine gesetzliche oder eine vertragliche Verpflichtung. Die zum Kriegsdienst aufgebotenen Mannschaften leisten den Heeresdienst nur in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht. Diese gesetzliche Pflicht ist die Wehrpflicht, die mit ihren Ablegern, der Militärpflicht, Dienstpflicht und Landsturmpflicht, die einzige gesetzliche Grundlage für das Aufgebot von Mannschaften zum Kriegsdienst bildet. Daß derjenige, der erst auf gesetzmäßige Einberufung hin in das Heer eintritt, nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dient, kann hiernach wohl kaum zweifelhaft sein. — Bezüglich der Kriegsfreiwilligen wird ausgeführt: Die herrschende Lehre, daß auch diese nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienten, — § 9 Abs. 2 habe den Zweck, alle diejenigen, die nicht Berufssoldaten seien, vom militärischen Wohnsitz auszunehmen —, möge zweifelhaft sein, entbehre aber nicht einer gewissen Berechtigung und entspreche bei der langen Dauer des Krieges einem tiefen wirtschaftlichen Bedürfnis.

2. Aus der Rechtsprechung. a) Colmar 30. 12. 16, ElsLothJZ. 17, 89. Der Grundgedanke des § 9 ist der, daß die nur vorübergehende militärische Dienstleistung den Wohnsitz nicht beeinflussen soll. Daher fallen auch die in Kriegszeiten eingetretenen Mannschaften unter die Ausnahme des § 9 Abs. 2. Ebenso Nürnberg 25. 10. 16, JW. 17, 745, Braunschweig 27. 2. 17, BraunschwZ. 64, 92, Naumburg, NaumburgAK. 17, 33, Posen 24. 9. 17, PosMSchr. 17, 96.

b) Wohnsitz bereits verabschiedeter, freiwillig eingetretener Offiziere. Pr. OVG. 7. 12. 15, OLG. 35, 27. Die Fassung des Abs. 2 drückt insoweit, als sie ausspricht, daß die Regelvorschrift des Abs. 1 auf Militärpersonen, die nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen, keine Anwendung finde, den ihr zugrunde liegenden Gedanken nicht erschöpfend aus; denn es gibt noch andere Militärpersonen, die in einem lediglich vorübergehenden Dienstverhältnisse stehen. — § 9 Abs. 1 ist nur anwendbar auf die Offiziere, Ärzte und Militärbeamte des Friedensstandes sowie die Kapitulanten (§ 38 A Nr. 1, 2 RMilG.), da sie allein dauernd dem aktiven Heere angehören. — Vgl. JDR. 14, 2a u. b, 15, 1, 2 u. 3; Colmar 5. 7. 16 jetzt auch ElsLothJZ. 16, 348.

c) Fortdauer des abgeleiteten Wohnsitzes. (Bayer. R.). BayObLG. 5. 3. 17, BayObLG. 18, 37. Der bloße Aufenthalt in auswärtigen Dienstplätzen enthält für sich allein keine Ersetzung des abgeleiteten Wohnsitzes durch einen selbständig begründeten. Ebenso BayObLG. 4. 6. 17, R. 17 Nr. 1366. Vgl. Preuß. AG. BGB. Art. 14 § 1 Abs. 4.

§ 12.

Adelsrecht. 1. Bayerische Rechtsprechung. Zeiler 138 erörtert den Gegensatz in der Rechtspr. des BayObLG. Der 1. Zivilsen. hatte in den Entsch. v. 29. 9. 04 u. 7. 6. 07 ausgesprochen, daß es auch in Bayern bürgerliche Namen mit „von" gebe und daß von solchen Namen nicht einfach das Vorwort gestrichen werden könne. Der Strafsen. des Gerichts aber hat in einem Urteil v. 17. 9. 14 (BayObLG. 14, 285) ausgesprochen, daß in Bayern das Wort „von" nicht Bestandteil eines bürgerlichen Namens sein könne, sondern immer Adelsbezeichnung sei und demnach nicht den namensrechtlichen Vorschriften des BGB. unterliege (§ 6 des bayer. Adelsedikts). — Die letztere Auffassung wird bekämpft; höchstwahrscheinlich habe man bei der Schaffung des Adelsedikts an Nichtadlige mit solchen Namen nicht gedacht. Es sei ein unmögliches Ergebnis, einem Angehörigen eines anderen Bundesstaats, der nach dortigem Rechte unbehelligt seinen bürgerlichen Namen mit „von" führe, diese Schreibweise bei einem Aufenthalte in Bayern zu verbieten. — Vgl. JDR. 15, I 1, BayObLG. 11. 2. 16 jetzt auch BayObLG. 17, 30 und Delius, Annahme eines Adelsprädikats, GesuR. 18, 167.

2. Bedeutung des heroldsamtlichen Gutachtens für die Adelseigenschaft. Bartolomäus 3. Die Anschauung von der Maßgeblichkeit des heroldsamtl. Gutachtens beruht auf einer Vermengung der persönlichen Beziehung des Adels zum Hofe und seiner Rechte im Staate. Für jene reicht sie aus, für diese ist nichts erbracht, was seinen Schutz durch die freie Beweiswürdigung der ordentlichen Gerichte ausschließen könnte.

§ 13.

Über den Begriff der Verschollenheit. Horn 5ff. Zu einer juristisch brauchbaren Größe wird der Gedanke der Abgängigkeit erst dann, wenn sich die bloß akute Phase des Vermißtseins in das chronische Stadium der Verschollenheit umgewandelt hat (8). Über die Rechtswirkungen der Verschollenheit 43ff.

§§ 18, 19.

1. Über das Verhältnis zwischen Lebensvermutung und Todesvermutung. Horn 30. Wenn die Lebensvermutung zessiert, tritt die Todesvermutung ein, sie reicht aber nicht aus, um dem Erben, falls er nicht den Beweis des Todes des Verschollenen erbringen kann, zur Erbschaft zu verhelfen, hierzu berechtigt nur die im Todeserklärungsverfahren ausgesprochene, für und wider jedermann rechtskräftig gewordene Feststellung der Todesvermutung (34). — Die Lebensverm. ist zwar von der Todesverm. logisch unabhängig, allein es folgt die eine der anderen; sie lösen sich zeitlich ab. Es kann aber zu einer Todesverm. kommen, ohne daß derselben eine Lebensverm. vorangegangen ist (35).

2. Über die Rechtswirkungen der Todeserklärung vgl. Horn 50ff.

§ 20.

1. Zum Begriff der gemeinsamen Gefahr. Partsch 72—75 führt aus, das Rechtsempfinden des Volkes verlange, daß man die Kriegsgefahr im Ost und West für Mitglieder derselben Familie als gemeinsame Gefahr gelten lasse. Dagegen Horn 41.

2. Verhältnis zu § 18. Partsch 75 wendet sich gegen die herrsch. Ansicht, daß § 20 auch dann nicht anzuwenden sei, wenn zwei Todeserklärungen über Vater und Sohn vorliegen, die in derselben Gefahr verschwunden sind. Nur wo eine medizinische Feststellung zu dem Schlusse führt, daß von mehreren, die in derselben Gefahr verstorben, der eine den anderen überlebt habe, muß dies für die Rechtsordnung bindend sein. Die Vermutungswirkung für den Zeitpunkt des Todes tritt also gegenüber der Vorschrift des § 20 zurück. Vgl. hierzu Horn 41.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

I. Vereine.

Schrifttum: Buschle, Der Reichsstempel auf Vereinssatzungen, WürttZ. 59, 137. — Eckstein, Inwiefern ist die Haftung der Mitglieder und Vertreter des nicht rechtsfähigen Vereins beschränkt? SächsRpflZ. 17, 59. — Josef, Die Eintragbarkeit religiöser Vereine in das Vereinsregister und ihre Anfechtung durch Beschwerde, ZBlFG. 17, 422. — Nübell, Die Abgrenzung der Aktienübernahme von der Aktienzeichnung und die aus der Übernahme und Zeichnung hervorgehenden Rechte und Pflichten, ABürgR. 42, 104. — Schack, Einige Fragen aus dem Vereins- und Stiftungsrecht, GruchotsBeitr. 61, 849. — Schmitt, Die Mühlenverbände des Frankenwaldes, BayNotZ. 54, 296. — Ylander, Die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaft nach dem Handelsrecht der Ostseeprovinzen, RheinZ. 9, 216. — Vgl. ferner vor § 80 und § 89 BGB.

§ 21.

Dresden 23. 9. 16, JDR. 15, 2 jetzt auch SächsOLG. 37, 359.

§ 26.

Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes als Bindung des Vereins (Stiftungsvermögens). Schack 849. Soweit die Beschränkung der Vertretungsmacht auf gesetzlicher Vorschrift beruht, liegen gesetzliche Veräußerungsverbote i. S. der §§ 134 u. 135 BGB. vor. Auf Satzung oder Stiftungsgeschäft beruhende Beschränkungen der Vertretungsmacht können zufolge der Sonderbestimmung im § 26 Abs. 2 Satz 2 mit einer Wirkung ausgestattet werden, die eine Durchbrechung des Grundsatzes des § 137 BGB. bedeutet.

§ 28.

Vertretung des Vereins bei mehrgliedrigem Vorstand. 1. Schack, GruchotsBeitr. 61, 864 (vgl. auch ThürBl. 63, 256ff.). Der Mehrheitsgrundsatz des § 28 Abs. 1 gilt auch für die Vertretung des Vereins nach außen, die Lehre von „der Gesamtvertretung" ist abzulehnen. Daraus folgt für den Regelfall, daß eine gültige Vertretungshandlung nur vorliegen kann, wenn entweder alle oder wenigstens die Vorstandsmitglieder handeln, die bei der Beschlußfassung für die Vornahme der Handlung gestimmt haben, und ferner daß der Dritte, der sich mit den handelnden Vorstandsmitgliedern in rechtsgeschäftl. Verhandlungen einläßt, außer ihrer formellen Berechtigung (Legitimation) auch die materielle Rechtmäßigkeit (Legitimität) ihres Handelns für den Verein prüfen muß.

2. LG. Mannheim 29. 12. 15, BadNotZ. 17, 113 (betraf die Vertretungsverhältnisse des landw. Bezirksvereins in Mannheim, Reitinger). Ob im Hinblick auf die Bestimmung des § 28 für die Abgabe von Willenserklärungen ein Beschluß des Vorstandes und dessen Bekanntgabe genügt oder die Mitwirkung aller Vorstandsmitglieder gefordert werden muß, ist ebenso bestritten wie die Frage, ob in der Satzung einzelnen Vorstandsmitgliedern die gesetzliche Vertretung übertragen werden kann. Das RG. hat eine solche Bestimmung der Satzung für zulässig erklärt (**RG.** (Strafs.) 42, 216), und es bestehen auch keine ausreichenden Gründe, für die Abgabe einer Willenserklärung die Mitwirkung sämtlicher Vorstandsmitglieder zu verlangen, wenn der Vorstand die Abgabe der Willenserklärung in ordnungsmäßiger Weise beschlossen hat.

§ 29.

1. Anwendungsbereich der Vorschrift. a) Keine Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft. KG. 30. 6. 16, R. 17 Nr. 1219. Der § 29 ist auf die o. HG. nicht anwendbar. Denn diese besitzt keine selbständige Rechtspersönlichkeit, sie unterscheidet sich in ihrer ganzen rechtlichen Gestaltung auf das Wesentlichste von dem rechtsfähigen Vereine. — Es ist davon auszugehen, daß die §§ 146, 147 HGB. den Fall der Behinderung eines Liquidators für die o. HG. erschöpfend regeln.

b) Anwendung auf Gesellschaften m. b. H. Braunschweig 21. 3. 16, OLG. 25, 288 im Anschluß an **RG.** 68, 180.

c) Vgl. JDR. 15, 1, BayObLG. 12, 11. 15 jetzt auch KGJ. 49, 274.

2. Beendigung des Amtes der gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieder. Schack 854. Die gerichtliche Bestellung der Vorstandsmitglieder tritt nicht ohne weiteres mit dem Wegfalle des darin bezeichneten Mangels von selbst außer Wirkung, sondern erst mit der Aufhebung durch das Gericht. So Jena 18. 12. 16 a. a. O. 858. Vgl. auch Schack, ThürBl. 63, 271 u. 273 Anm. 61.

3. Gerichtliche Festsetzung einer Vergütung für die vom Gerichte bestellten Vorstandsmitglieder. Schack 859. Es fehlt an jeder gesetzlichen Unterlage für eine derartige Anordnung des Gerichts. Das Gericht kann durch einseitige Verfügung nicht in die inneren Angelegenheiten des Vereins eingreifen. Dem „Beteiligten", der den Antrag auf Bestellung stellt, bleibt überlassen, die Aufwendungen, die er machen muß, um seinen Zweck zu erreichen, von dem Verein oder der Stiftung zurückzufordern, sofern sich ein derartiger Anspruch im einzelnen Falle begründen läßt.

4. Josef, ThürBl. 64, 139. Die Verfügung, durch die das AG. im Fall des § 29 dem Verein einen Vorsteher bestellt, wird mit der Bek. an diesen wirksam auch für den bisherigen (behinderten, fehlenden) Vorsteher. Denn indem das Gesetz dem neubestellten Vorsteher die Verfügungsbefugnis einräumt, entzieht es sie insoweit dem bisherigen; das Gesetz kann unmöglich ein Nebeneinanderbestehen der Befugnisse des neu bestellten und des bisherigen Vertreters gewollt haben. Gutgläubigen Dritten gegenüber gilt indes nach § 68 Satz 1 BGB. die Vertretungsbefugnis des bisherigen Vorstehers als fortbestehend.

§ 31.

1. Leiter einer Zweigniederlassung als verfassungsmäßige Vertreter einer Großbank. **RG.** 26. 2. 17, BankA. 16, 341, R. 17 Nr. 754, WarnE. 17, 166. Ist der Leiter einer Zweigniederlassung Mitglied des Vorstandes, so kann er Vertreter nach § 31 sein. Er kann auch als besonderer Vertreter nach § 30 sich darstellen, wenn die Bestellung eines solchen in der Satzung vorgesehen ist, und es kann genügen, daß sie die Gründung von Zweigniederlassungen überhaupt vorsieht. Alsdann ist es Auslegungsfrage, welche Stellung dem Leiter zukommen soll. Daß er besonderer Vertreter i. S. des § 30 ist, wird die Regel bilden; möglich ist aber auch, daß ihm lediglich die Stellung eines Angestellten i. S. des § 831 BGB. zugewiesen ist. Immer ist die einzelne Satzung Maßstab und Grundlage; nur aus ihr kann die Stellung der Zweigniederlassung und ihres Leiters zum Hauptunternehmen und seinem Vorstande ermittelt werden.

2. Haftung der AktGes. für Schadensersatzansprüche des getäuschten Zeichners oder Gründers. Nübell 143 tritt der herrschenden Ansicht, die die Frage in jedem Fall verneint, entgegen, soweit eine durch den Vorstand der AG. verübte, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung vorliegt. Für eine Handlung der die AG. nicht vertretenden Gründer kann die später entstehende AG. allerdings nicht verantwortlich sein. Für unerlaubte Handlung der Organe haftet die AG. aber gemäß § 31. Der Schadensersatzanspruch führt auch eine Aufhebung der bewirkten Beteiligung nicht herbei, seine Geltendmachung erfolgt salva societatis substantia.

§ 32.

Richterliche Nachprüfung von Gesellschaftsbeschlüssen. 1. Im allgemeinen. Hamburg, HansGZ. 17 Beibl. 233. Für eine richterliche Nachprüfung der inneren Körperschaftsrechte ist grundsätzlich nur insoweit Raum, als die Auslegung der Satzung als solche in Frage kommt. Nicht aber ist das Gericht in der Lage, zu prüfen, ob in concreto die Ausübung des Körperschaftswillens angebracht oder zweckmäßig ist oder wie sich die inneren Verhältnisse in Zukunft zu gestalten haben.

2. Insbesondere die Ausschließung eines Mitglieds aus dem Verein. **a) RG.** 3. 5. 17, DJZ. 17, 899, LeipzZ. 17, 1245. Da die sachliche Würdigung des Verhaltens eines Mitglieds allein und entscheidend den mit der selbständigen Regelung ihrer inneren

Vereinsangelegenheiten befaßten Organen zusteht, hat das Gericht um so mehr darauf zu achten, daß diejenigen objektiven Voraussetzungen, unter denen nach den Satzungen Beschlüsse gefaßt werden, nach jeder Richtung hin streng innegehalten werden; das gilt insbesondere von den Formen und Voraussetzungen, unter denen Mitglieder aus dem Verein ausgeschlossen werden dürfen (**RG.** 6. 5. 13; 82, 248). Das Mitgliedsrecht genießt den in der Satzung geordneten Rechtsschutz; es wird nur verwirkt und kann von den Vereinsorganen nur entzogen werden, soweit dies auf satzungsmäßiger Grundlage beruht.

b) Begründung eines Ausschließungsbeschlusses. Kiel 25. 1. 17, SchlHolst.-Anz. 17, 103. Mit Recht hat das LG. angenommen, daß die Nachprüfung des Ausschließungsbeschlusses auf seine Richtigkeit nicht Sache des Gerichts ist, daß vielmehr nur die Beobachtung der Formvorschriften der richterlichen Erörterung unterliegt (**RG.** 49, 154; 82, 248). Die Ansicht, daß ein solcher Beschluß stets, auch dann, wenn es die Satzung nicht verlangt, eine Begründung enthalten müsse, um wirksam zu sein, kann nicht für zutreffend gehalten werden.

Vgl. ferner 4a zu § 54 BGB.

3. Grenzen des Prüfungsrechts des Gerichts hinsichtlich des Strafbeschlusses eines Vereins gegen eines seiner Mitglieder. Dresden 21. 3. 16, SächsOLG. 37, 459. a) Wegen einer etwaigen Verletzung der formellen Vorschriften kann der Beschluß des Vorstandes im Rechtswege dann nicht angefochten werden, wenn nach der Satzung die Anrufung eines anderen Organs gegen einen solchen Vorstandsbeschluß zulässig ist. In einem solchen Falle kommt dem Vorstandsbeschluß im Zweifel nur eine vorbereitende Bedeutung zu. Die endgültige Beschlußfassung wird dem höheren Organe zugewiesen. — (**RG.** 9. 1. 13, R. 13 Nr. 1088.)

b) Für die weitestgehende Strafmaßregel, die ein Verein gegen seine Mitglieder verhängen kann, nämlich die Ausschließung, wird jetzt allgemein, insbesondere vom RG. anerkannt, daß eine sachliche Nachprüfung einen Eingriff in das Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht der Vereine enthalten würde (**RG.** 49, 150; 80, 189; 82, 248). Daß die Festsetzung einer Geldstrafe gegenüber der Ausschließung eine mindere Strafe bedeutet, erscheint zweifellos. — Vgl. die Darstellung der herrschenden Rechtspr. über die Anfechtung von Straffestsetzungsbeschlüssen insbesondere von seiten einer G. m. b. H., BauersZ. 24, 103.

§ 34.

Entsprechende Anwendung der Vorschrift? Dresden 21. 3. 16, OLG. 34, 3, SächsOLG. 37, 459. Eine gesetzl. Vorschrift des Inhalts, daß Mitglieder, die an einem bestimmten Ergebnis einer Abstimmung beteiligt sind oder deren Unbefangenheit in der zur Abstimmung stehenden Angelegenheit zweifelhaft erscheint, vom Abstimmen ausgeschlossen wären, besteht für Vereine nicht. (Es handelte sich um die Festsetzung einer Geldstrafe durch den Vorstand, dessen Mitglieder bei der Abstimmung über die Beschwerde gegen die Festsetzung mitgestimmt hatten.)

§ 35.

Recht des Mitglieds zum Verweilen in den Versammlungsräumen. Dresden (Strafs.) 10. 3. 15, SächsOLG. 34, 2. Als Mitglied des Vereins war der Angeklagte zwar an sich berechtigt, an der Mitgliederversammlung teilzunehmen und hierzu auch gegen den Willen und das Verbot ihres Leiters bis zu ihrem Schluß in den ihr dienenden Räumen zu verweilen. Hierbei hatte er aber — gleichviel, ob er nur seine eigenen Interessen oder auch die anderer Personen zu vertreten hatte — sein Verhalten mit den guten Sitten mindestens so weit im Einklange zu halten, als sich das mit der Wahrnehmung der von ihm vertretenen Interessen vertrug. (Es wird ausgeführt, daß der Angeklagte durch sein rohes und unanständiges Benehmen das Recht auf weiteres Verweilen trotz seiner Mitgliedschaft verwirkt gehabt habe.)

§ 39.

Zur Auslegung des S. 2. **RG.** 7. 6. 17; 90, 306. Streitig war, ob die Satzung insofern gegen § 39 verstieß, als einerseits eine (einjährige) Kündigungsfrist festgesetzt, andererseits der Austritt nur zum 31. Dez. jedes Jahres gestattet war. Die Revision machte geltend, es liege ein unzulässige Häufung der beiden in § 39 vorgesehenen Arten von Austrittseinschränkung vor. Geht man davon aus, daß der Bekl. an sich befugt war, eine zweijährige Kündigungsfrist vorzuschreiben, so enthält die Regelung der Satzung keineswegs eine Erschwerung, sondern vielmehr eine Milderung gegenüber jener Art der Regelung des Austritts; denn sie besagt im Ergebnis weiter nichts, als daß eine Austrittserklärung nicht erst nach Ablauf von zwei Jahren seit ihrer Abgabe, sondern schon an demjenigen 31. Dez. wirksam wird, der dem Ablauf einer zweijährigen Frist vorausgeht.

§ 54.

1. Rechtsstellung der nicht rechtsfähigen Vereine im allgemeinen. a) Endemann, JW. 17, 221 weist darauf hin: Bei der Schaffung des BGB. war die Absicht, die frei gebildeten Vereine ohne Rechtsfähigkeit in einen möglichst unbefriedigenden Rechtszustand zu versetzen und ihnen die weitere Beachtung zu versagen. Diese Mißgunst erweist sich immer mehr als Vorteil. Die Bildung wie die Lebensbetätigung der nicht rechtsfähigen Vereine vollzieht sich in voller Freiheit von jeder staatlichen Aufsicht; für den rechtsgeschäftlichen Verkehr einschließlich der Beschränkung der Schuldenhaftung und der Führung von Prozessen als Kläger, haben sich durchaus befriedigende Rechtszustände entwickelt. (Bei der Besprechung von **RG.** 14. 12. 16, wo RG. die Ansicht bestätigt, daß der nicht rechtsfähige Verein volle Erwerbfreiheit genießt, da die nach Art. 86 EG. BGB. dem Landesgesetze vorbehaltenen Erwerbsbeschränkungen nur die jurist. Personen treffen dürfen.)

b) Über die wesentlichen Erfordernisse eines nicht rechtsfähigen Vereins KG. 11. 10. 17, KGBl. 17, 85 im Anschluß an **RG.** 60, 94; 74, 371. (Dauernde Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes, die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben hat, einen Gesamtnamen führt und bei der ein Wechsel im Mitgliederbestande nicht nur ausnahmsweise, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung stattfindet.)

2. Die Haftungsfrage. a) Im allgemeinen. Eckstein 59 hält den Gesichtspunkt der Haftungsbeschränkung durch ausdrückliche oder stillschweigende Satzung für bedenklich, auch der Ausweg der stillschweigenden vertraglichen Ausschließung sei nicht in allen Fällen anwendbar. Die Verweisung auf das Gesellschaftsrecht darf nur in dem Sinne verstanden werden, daß es anwendbar sein soll, soweit es der Natur des nichtrechtsfähigen Vereins nicht widerspricht. Sagt das Gesetz ausdrücklich nur das eine, daß die Vertreter des Vereins haften, so sagt es auch stillschweigend, daß der Verein, wie es der natürlichen Auffassung entspricht, nicht weiter als mit seinem Vereinsvermögen, daß im übrigen auch, aber auch nur die Vereinsvertreter in Anspruch genommen werden können. Wer als Vereinsvertreter auftritt, erklärt damit, daß er für den Verein handelt, den Verein verpflichten, niemand sonst, weder die Mitglieder noch sich selbst, haftbar machen will. Man kann daher die Mitgliederhaftung durch gesetzliche Bestimmung und für den Regelfall die persönliche Vertreterhaftung des § 54 als vertraglich ausgeschlossen ansehen.

b) Aus der Rechtsprechung. *α*. **RG.** 5. 10. 16, BayersZ. 24, 71, LeipzZ. 17, 131, PosMSchr. 16, 114. Die aus den §§ 54, 427, 714 zunächst an sich begründete Haftung aller Vereinsmitglieder für die Verbindlichkeiten des nicht eingetragenen Vereins kann durch die Satzung ausdrücklich oder stillschweigend auf das Vereinsvermögen beschränkt werden; es ist sogar im Zweifel anzunehmen, daß die Mitglieder persönlich nur zu den

satzungsmäßigen Beiträgen sich verpflichten wollen, und daß der Dritte, der mit einem nicht eingetragenen Verein Geschäfte abschließt, mit diesem Willen der Mitglieder rechnet und deshalb auch ohne genauere Kenntnis die Haftungsbeschränkung gegen sich gelten lassen muß (**RG.** 63, 62; 74, 371, JW. 07, 136; 10, 227, GruchotsBeitr. 53, 398). (Im gegebenen Falle hatte das OLG. aus § 4 der Satzung jene Beschränkung entnommen, da die Eintragung des Verbandes in das Vereinsregister vorgesehen worden war und dies darauf hinweise, daß nur eine Haftung des Vereins selbst stattfinden solle, und da der Verband für eine große Mitgliederzahl berechnet und seinem Zwecke nach auf die Förderung der gemeinsamen Interessen aller Arbeitgeber im Wirtschaftskampf ohne eigene wirtschaftliche Betätigung gerichtet gewesen sei.) Vgl. JDR. 15, 3 u. 4, die Entsch. zu 4 (Posen 30. 6. 16) aufrecht erhalten durch **RG.** 1. 3. 17, R. 17 Nr. 1546, WarnE. 17, 417. Es ist nicht nur, wie der BerRichter bemerkt, das Vernünftige und darum nach Treu und Glauben das von den vertragschließenden Parteien auch unausgesprochen Gewollte, sondern entspricht in Fällen der vorliegenden Art auch in jeder Beziehung ihrer Besonderheit, daß, wenn namens eines Vereins gegen ein ganz geringfügiges Eintrittsgeld Zutritt zu einem öffentlich veranstalteten Feste gewährt wird, der Gedanke, alle Vereinsmitglieder für sämtliche Veranstaltungen des Festes persönlich verantwortlich zu machen, auf beiden Seiten vollständig fernliegt.

β. **RG.** 24. 4. 17; 90, 173. Bei dem Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift in der Satzung ist es Sache der Auslegung, aus dem sonstigen Satzungsinhalt, aus dem Vereinszweck, aus der Zahl und dem Stande der Mitglieder, überhaupt aus der Gesamtheit der Umstände zu ermitteln, ob von den Vereinsmitgliedern eine Vollmachtsbeschränkung des Vorstandes gewollt und erkennbar zum Ausdruck gebracht ist. Sie wird in einer großen, vielleicht in der Mehrzahl der Fälle unschwer zu bejahen sein, aber eine Vermutung zugunsten der Haftungsbeschränkung der Mitglieder besteht nicht.

c) Grundsatz im allgemeinen Rechte der Organisationen, daß ein Mitglied zu anderen als satzungs- oder gesetzmäßigen Leistungen nicht herangezogen werden kann. Verhältnis zu § 54 BGB. Hamburg, HansGZ. 17, Beibl. 233. Es ist anerkannter Grundsatz, daß ein Mitglied zu anderen Leistungen als solchen, welche ihm gemäß Satzung oder Gesetz auferlegt sind, nicht herangezogen werden kann. Es entscheidet inneres Vereinsrecht, die Bestimmung des § 54, wonach unter Umständen den Mitgliedern der gesellschaftl. Vereinigung eine persönliche, bzw. gesamtschuldnerische Verpflichtung erwächst, gilt nur, falls die Vereinigung mit Dritten nach außen kontrahiert; sie dient dem Schutze der Gläubiger, welche sich mit solcher oft vermögenslosen Vereinigung auf Geschäfte einlassen, hat aber keine Anwendung zu finden, wenn innerhalb einer Gesamtorganisation einer Sondergruppe von Mitgliedern vermögensrechtliche Verpflichtungen im Rahmen des Statutes auferlegt sind und solche Verpflichtung ihren Rechtsgrund nicht in einem gewöhnlichen Rechtsgeschäfte des Individualrechts besitzt, sondern lediglich auf Mitgliedsrecht fußt.

3. Eigentum am Vereinsvermögen. (Freiwillige Feuerwehr. Eigentum an den Feuerwehrgeräten.) Colmar 11. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 29. Für die Frage des Eigentumserwerbs kommt als entscheidend in Betracht, ob die betreffenden Gegenstände von dem Feuerwehrverein lediglich im Sonderinteresse seiner Mitglieder für diese oder in dauerndem Interesse der Gemeinde für die letztere zur ständigen Verwendung in ihrem Feuerlöschwesen angeschafft worden sind. Im ersteren Fall werden sie Vereinseigentum, im letzteren Fall aber Eigentum der Gemeinde. (Vorliegend wurden nur die zu Paradezwecken angeschafften Gegenstände als Vereinseigentum, die den eigentlichen feuerpolizeilichen Zwecken dienenden als Gemeindeeigentum anerkannt.)

4. Persönliche Mitgliedschaftsrechte. a) Vereinsgerichtsbarkeit über Ehrenmitglieder. **RG.** 8. 3. 17, R. 17 Nr. 755, 756. In der Verleihung einer Ehrenmitgliedschaft erblickt man gemeinhin nur eine Ehrenbezeugung, die allerdings auch einem

Mitgliede zuteil werden kann. Daß aber eine bis dahin außerhalb des Vereins stehende Person, wenn sie die ihr angetragene Auszeichnung annimmt, sich damit zugleich einer Standesgerichtsbarkeit des Vereins unterwirft, würde schon von dem Erfordernis einer zweifelsfreien und ohne weiteres klaren Bestimmung durch die Vereinssatzung abhängen, da nur dann ein Anhalt dafür besteht, daß der Ausgezeichnete mit dem Behalten des Ehrendiploms und der ihm wohl meistens mitübersandten Satzung sich zugleich stillschweigend einer solchen Bestimmung unterworfen hat. (Im gegebenen Falle verneint.) — Selbst wenn der Bekl. von Hause aus einer selbstgeschaffenen Gerichtsgewalt des Vereins unterworfen war, so ist er ohne Zweifel mit der Aufgabe der Ehrenmitgliedschaft aus dem Machtbereich des klagenden Vereins und aller seiner Organe gänzlich ausgeschieden. Dies ist für ordentliche Mitglieder nicht rechtsfähiger Vereine wiederholt angenommen worden (**RG.** 78, 137, JW. 05, 315); es muß aber um so mehr für ein Ehrenmitglied des Vereins gelten.

b) Ausschluß eines Mitglieds einer freiwilligen Sanitätskolonne vom Roten Kreuz. Darmstadt 4. 4. 17, HessRspr. 18, 157. Der bekl. Verein hatte den Kl. aus dem Verein ausgeschlossen, verweigerte ihm die Anerkennung seiner weiteren Mitgliedschaft und forderte von ihm die Herausgabe der ihm übergebenen Vereinsuniform. Demgegenüber beanstandet der Kl. die Ordnungsmäßigkeit und Rechtswirksamkeit des ergangenen Vorstandsbeschlusses, und verlangt klagend die Feststellung seiner fortdauernden Vereinsmitgliedschaft. Der durch diese Klage erhobene Streit ist ein Streit über die dem Kl. abgesprochene Zugehörigkeit zu diesem Verein, einem nach Gesellschaftsrecht des BGB. zu beurteilenden nicht rechtsfähigen Verein i. S. des § 54. Ein solcher Streit ist eine nach BGB. zu entscheidende Angelegenheit, für welche die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Die Behauptung des Bekl., es handle sich um eine militärische Disziplinarbestrafung, gegen die nur die militärische Beschwerde gegeben sei, ist unrichtig. (Wird ausgeführt. Ein Beschluß des Delegierten des Kaiserl. Kommissars nach Ziff. 71 der Dienstvorschrift v. 17. 3. 07 lag nicht vor.)

5. Indirekte Zuwendung an eine religiöse Genossenschaft ohne Persönlichkeitsrechte. Frankfurt 29. 6. 16, FrankfRdsch. 50, 123, LeipzZ. 17, 145. Gerade der Umstand, daß die Mitglieder der fraglichen Ordensniederlassung einen Verein ohne Rechtsfähigkeit bildeten, der als solcher auch der Erbfähigkeit ermangelte, mußte der Erblasserin Veranlassung bieten, zur Erreichung dieses Zweckes eine dritte Person als Erbin einzusetzen, zu der sie das Vertrauen hatte, daß sie in dem gedachten Sinne mit ihrem Vermögen verfahren würde. — Eine Täuschungsabsicht braucht hierbei ebensowenig obgewaltet zu haben wie bei einem sog. fiduziarischen Rechtsgeschäft. — Vom Standpunkte des bürgerl. Rechts liegt kein Grund vor, solchen Verfügungen den Rechtsschutz zu versagen. Denn es handelt sich um einen erlaubten Zweck, einem zugelassenen Verein, bzw. der Gesamtheit seiner Mitglieder Vermögen zuzuwenden. Besondere Vorschriften, welche Zuwendungen an Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen einschränken, kommen hier nicht in Betracht (Art. 87 EGBGB.). Auch sind durch die Einführung des BGB. die gemeinrechtlichen Bestimmungen, wonach Klosterpersonen, welche die lebenslänglichen Gelübde abgelegt haben, unfähig sind, Vermögen zu erwerben, aufgehoben (Art. 55 EGBGB., § 1 BGB.).

§ 61.

Anfechtung der Eintragung religiöser Vereine in das Vereinsregister. Josef gelangt im Gegensatz zu Bundschuh, ZBlFG. 16, 366 (FDR. 15 zu § 63, 2) zu folgenden Sätzen: 1. Die Prüfungspflicht des Registergerichts gegenüber der Anmeldung eines Vereins hat sich auch darauf zu erstrecken, ob dieser nach den Vorschriften des materiellen Rechts überhaupt eintragbar ist; die Anmeldung ist folglich zurückzuweisen, wenn eine religiöse Gemeinschaft, die nach dem Landesgesetz Rechtsfähigkeit nur durch eine landesgesetzliche Norm erlangen kann (wie nach Art. 13 preuß. Verf. vgl.

Art. 87 EGBGB.), jene durch Eintragung in das Vereinsregister zu erlangen sucht. Eine solche Vereinsanmeldung hat das Registergericht, ohne Mitteilung an die Verwaltungsbehörde, zurückzuweisen (§ 61 BGB.). Ist dem zuwider die Eintragung erfolgt und lehnte das Registergericht die Anregung der Staatsbehörde, die Löschung auf Grund der §§ 159, 142 FGG. zu bewirken, ab, so steht der Behörde gegen diese Verfügung die Beschwerde zu. Denn das ausschließliche Recht des Staates zur Verleihung der Rechtsfähigkeit ist im Sinne des § 20 FGG. beeinträchtigt.

2. Bestehen landesgesetzl. Vorschriften des gedachten Inhalts nicht und macht die Verwaltungsbehörde von dem Einspruchsrechte des § 61 Abs. 2 keinen Gebrauch, so ist die Rechtslage so, als ob jenes Einspruchsrecht gar nicht bestanden hätte. Die Eintragung ist folglich dem Gesetze entsprechend erfolgt, eine Löschung des Vereins auf Grund der §§ 159, 142 FGG. undenkbar und ein Beschwerderecht gegen die Eintragung nicht gegeben.

II. Stiftungen.

Schrifttum: Cohn, Ist die Genehmigung einer Familienstiftung eine Handlung der freiw. Gerichtsbarkeit? DJZ. 17, 380. — Frommhold, Über die rechtl. Natur der Genehmigung von Familienstiftungen, JW. 17, 706. — Josef, Ist die Genehmigung einer Familienstiftung eine Handlung der freiw. Gerichtsbarkeit? R. 17, 315. — Kraus, Das Recht der Familienfideikommisse und Familienstiftungen in Schleswig-Holstein, SchlHolst-Anz. 17, 41. — v. Liszt, Rechtsgutachten in Sachen der Niederfüllbacher Stiftung, NiemeyersZ. 27, 125. — Schack, Über die Haftung des Stiftungsvorstandes, die gerichtl. Bestellung von Vorstandsmitgliedern und die Staatsaufsicht über Privatstiftungen, ThürBl. 63, 241. — Schack, Einige Fragen aus dem Vereins- und Stiftungsrecht, GruchotsBeitr. 61, 849. — Vgl. auch GesuR. 18, 257. Errichtung einer Stiftung (Muster für ein Stiftungsgeschäft).

§ 80.

1. Staatsangehörigkeit der Stiftung. v. Liszt 128. (Betraf die vom König Leopold v. Belgien errichtete sog. Niederfüllbacher Stiftung.) Daß die meisten der von der Stiftung zu erfüllenden Zwecke nur außerhalb des Deutschen Reiches, u. zw. in Belgien verwirklicht werden können, ist für die Frage, ob die Stiftung als eine nach deutschem Recht gültig errichtete Stiftung zu betrachten ist, bedeutungslos. Denn nach dem auch für Stiftungen maßgebenden § 24 BGB. wird der Sitz einer Stiftung zunächst durch das Statut bestimmt (vorliegend nach § 1 der Stiftungsurkunde v. 1907 Coburg). — Deutsche Stiftungen können ebensogut wie deutsche physische Personen im Auslande tätig werden, ohne ihre Staatsangehörigkeit dadurch zu verlieren. Auch daß ein Teil der Verwaltungsmitglieder Nichtdeutsche sind, ändert an der Staatsangehörigkeit der Stiftung nichts.

2. Familienstiftungen. a) Begriff der Familie i. S. der Familienstiftung und dieser selbst. **RG.** 9. 1. 17, R. 17, 141. Der Begriff einer Familie umfaßt nach engster, strenger Auffassung den Kreis der durch Abstammung von einem gemeinsamen Stammvater miteinander verbundenen, blutsverwandten Personen. Nicht selten werden aber auch die Ehegatten dieser Personen der durch diesen Kreis gebildeten Familie zugerechnet (PrJMBl. 45, 29). Die Berücksichtigung einer Pflegetochter und ihrer etwaigen Nachkommen geht über den Rahmen einer Familienstiftung nicht hinaus. Darin liegt die hinlänglich bestimmte Bezeichnung einer zweiten Familie, deren Interesse die Stiftung dienen soll. Wenn ferner während der Dauer der Stiftung die Ehegatten der Abkömmlinge des Stifters, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, zu den Interessenten gehören sollen, so ist darin eine zulässige weite Auffassung des Familienbegriffes zu erblicken (GruchotsBeitr. 49, 1116). Wenn endlich für eine fernere Zukunft die Möglichkeit eines Erlöschens der Stiftung in ihrer gegenwärtigen Gestalt und des Entstehens einer öffentl. Zwecke dienenden nachfolgenden Stiftung vorgesehen ist, so ändert dies nichts daran, daß die Stiftung für eine lange, eine Mehrheit von Generationen umfassende Zeit ausschließlich Familieninteressen dienen soll.

b) Ist die Genehmigung einer Familienstiftung eine Handlung der

freiw. Gerichtsbarkeit? *a.* Cohn 380. Es ist zwar zweifellos, daß über die Behörde, welche über die Genehmigung zu befinden hat, das partikulare Staatsrecht entscheidet, so daß das BGB. der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht entgegenstehen würde, allein die der Landesgesetzgebung durch § 4 EGGVG. gezogene Grenze (die nur die Übertragung der Geschäfte der Justizverwaltung auf die Gerichte im Wege der Landesgesetzgebung gestattet) ist davon unberührt geblieben. (Daraus wird die Schlußfolgerung gezogen, daß der Standpunkt des PrAGGVG. und PrAGBGB., die die Genehmigug der Familienstiftung als Handlung der freiw. Gerichtsbarkeit den AG. zuweisen, gegen das Reichsgesetz verstößt, die seit dem 1. 10. 1879 u. 1. 1. 00 richterlich genehmigten Stiftungen der Rechtsfähigkeit entbehren und die Heilung des Verstoßes nur im Wege der Reichsgesetzgebung erfolgen kann.) Vgl. auch Cohn, Gemischte Stiftungen im Gesetzesentwurf über Familienfideikommisse, Stammgüter und Familienstiftungen JW. 17, 574, wo im Falle unheilbarer Mängel die Einführung eines den §§ 309—311 HGB. und § 144 FGG. entsprechenden Liquidationsverfahrens empfohlen wird.

β. Anders: Josef, R. 17, 315. Die Genehmigung einer Familienstiftung stellt sich zwar als Ausübung eines Staatshoheitsrechts dar, also rein begrifflich betrachtet als ein Gegenstand der Verwaltung; die Landesgesetzgebung kann aber auch Gegenstände dieser Art den Gerichten überweisen und sie hiermit zu Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit, die nach § 4 Satz 1 EGGVG. den Gerichten übertragen werden können, machen. Die freiw. Gerichtsbarkeit bezweckt insbesondere auch die Fortentwicklung des Privatrechtsverkehrs durch Schaffung der Rechtspersönlichkeit, wie sie in der Genehmigung der Stiftung liegt.

γ. Frommhold 706. Die Genehmigung ist in Preußen kein Akt der allg. Staatsverwaltung, sondern wie bisher ein Geschäft der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ein Akt der Gerichtshoheit des Staates.

§ 85.

Die Staatsaufsicht über Privatstiftungen. Schack, ThürBl. 63, 275. Nach der Entstehungsgeschichte kann davon ausgegangen werden, daß die Vorschriften über jur. Personen regelmäßig solche öffentl. Rechts und demnach neben dem BGB. in Kraft geblieben sind. Soweit im einzelnen Falle einer derartigen Vorschrift privatrechtlicher Charakter zuzuerkennen wäre, hätte sie als aufgehoben zu gelten (EGBGB. Art. 55). — Es wird gezeigt, daß zufolge § 85 für die Einzelstaaten die Möglichkeit besteht, im Wege der gesetzl. Verfassungsregelung den Stiftungen gegenüber Aufsichtsbefugnisse im weiteren Umfange zu begründen, mit Bezug auf die Aufsicht auch Vorschriften privatrechtlicher Natur zu erlassen, auch eine Stiftungskuratel einzuführen. — Erörterung der hauptsächlichsten Obliegenheiten der Aufsichtsbehörden. Unter Umständen hat sich die Aufsichtsbehörde nicht auf die Abwehr gesetz- und verfassungswidriger Handlungen zu beschränken, sondern auch selbsthandelnd in die Lebensbetätigung der Stiftung einzugreifen, beispielsweise durch Ausübung behördlichen Zwanges gegen säumige Organe der Stiftung, und keine gesetzliche Bestimmung hindert die Aufsichtsbehörde daran, im Notfalle ungeeignete und ungetreue Vorstandsmitglieder abzuberufen und durch andere zu ersetzen, wenn nämlich kein anderes Mittel gegeben ist, um die Stiftung vor dem schädlichen Verhalten ihrer eigenen Organe zu behüten (290. — Über preußisches Recht a. O. Anm. 98).

§ 86.

1. Haftung des Stiftungsvorstandes für schädigendes Verhalten. Schack, ThürBl. 63, 241 erörtert eingehend die Haftung des Stiftungsvorstandes und seiner Mitglieder im Innenverhältnis, der geschädigten Stiftung gegenüber, auf der Grundlage der in §§ 86, 27 Abs. 3 für entspr. anwendbar erklärten §§ 664—670 BGB.

Dem Vorstande ist wie einem Beauftragten die Beweislast dafür aufzuerlegen, daß er die erforderliche Sorgfalt angewendet habe; das folgt aus der ihm obliegenden Rechenschaftspflicht (§ 666 BGB., anders beim Vormund gemäß § 1833 BGB.). 245.

2. Die gerichtliche Bestellung von Vorstandsmitgliedern (§§ 86, 29). Schack, ThürBl. 63, 252. Nicht erforderlich ist, um das „Fehlen" der erforderlichen Vorstandsmitglieder anzunehmen, daß die Vorstandsmitglieder, etwa durch Tod, Geisteskrankheit, Amtsniederlegung usw. dauernd weggefallen sind. Es genügt, daß die noch vorhandenen Vorstandsmitglieder an der Ausübung ihres Amtes verhindert sind, sei es aus tatsächlichen, sei es aus Rechtsgründen. — Die Vorstandsmitglieder fehlen auch dann, wenn sie sich überhaupt ganz untätig verhalten oder gar die Geschäftsführung ausdrücklich verweigern. Das Nichtwollen der Organe steht dem Nichtkönnen gleich. 255. —

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Schrifttum: Hartmann, Haftung des Staates und der Gemeinde für Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen, PrVerwBl. 38, 621. — Hirschfeld, Die Zwangssyndikate, DJZ. 17, 996. — Hubrich, Die Rechtsgrundlagen des öffentlichen Korporationswesens in Preußen, ABürgR. 43, 1. — Langheinrich, Die ortskirchlichen Vertretungskörper (Das Ortskirchenvermögen und seine Verwaltung, nach der bayer. Kirchengemeindeordnung v. 24. 9. 12), BayRpflZ. 17, 341 u. 371. — Laue, Rechtstellung der städtischen Sparkasse im Geltungsbereich des Sparkassenreglements v. 12. 12. 38, PrVerwBl. 38, 469. — Trieps, Die Rechtsverhältnisse des braunschweigischen Kammerguts, BraunschwZ. 64, Beilageheft I.

§ 89.

I. Zum Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts. 1. Rechtsstellung der städtischen Sparkasse. (Geltungsbereich des Sparkassenreglements v. 12. 12. 38.) Laue 469. Es ist zuerst lange Zeit streitig gewesen, ob die auf Grund des Reglements errichteten städtischen Sparkassen eigene jur. Persönlichkeit besitzen. Heute kann diese Streitfrage endgültig als dahin entschieden gelten, daß die gedachten Sparkassen zwar Anstalten des öffentl. Rechts, aber nicht ohne weiteres eigene jur. Persönlichkeiten, sondern nur Abteilungen und besonders verwaltete Vermögensmassen der sie errichtenden und unterhaltenden Gemeinden sind. Rechtsfähigkeit kann eine städtische Sparkasse vielmehr auch im Geltungsbereich des SparkReglem. nur durch Verleihung erhalten, und zwar als öffentl. rechtl. Anstalt nicht gemäß § 22 BGB. i. Verb. mit Art. 1 AGBGB. v. 16. 11. 99 durch den Minister, sondern lediglich auf Grund der unberührt gebliebenen Vorschriften des öffentl. Rechts durch Allerh. Erlaß (**RG.** 34, 5; 64, 400; 68, 280, OVG. 50, 94, PrVerwBl. 13, 499; 26, 180; 27, 62, KGJ. 28A 72; 34A 224). Vgl. auch Laue, PrVerwBl. 38, 483 über die städtische Spar- und Leihkasse in Schleswig-Holstein.

2. Privilegierte Schützengesellschaften in Sachsen. **RG.** 22. 5. 16, WarnE. 17, 60. Welche Körperschaften als jur. Personen des öffentl. Rechts zu betrachten sind, bestimmt sich auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach dem öffentl. Rechte des Bundesstaates, in welchem sie bestehen. Die Annahme des BG. beruht auf dem öffentl. Rechte des Königreichs Sachsen und ist mithin nicht revisibel. (Das BG. hatte dargelegt, warum die vor dem 1. 2. 1817 begründeten Schützengesellschaften im Königreich Sachsen, obschon ihr öffentl.-rechtl. Charakter im Laufe der Zeit so sehr zurückgetreten ist, daß sie jetzt kaum etwas anderes sind, als Vereinigungen von Privatpersonen, die der Ausbildung im Schießen und geselligen Zwecken dienen, trotzdem auch jetzt noch als jur. Personen des öffentl. Rechts anzusehen seien). In Bestätigung von Dresden 5. 1. 16, SächsOLG. 38, 87.

3. Über die Rechtsstellung der Stiftungsnehmer einer weltlichen Ortsstiftung nach badischem Recht, Karlsruhe 8. 1. 14, BadRpr. 17, 97.

4. Über die ortsüblichen Vertretungskörper nach der bayer. Kirchengemeindeordn. v. 24. 9. 12, Langheinrich 371ff.

II. Haftung für unerlaubte Handlungen. 1. Mißbräuchliche Ausübung der Vertretungsbefugnis. a) Betrügerische Vermögensbeschädigungen durch einen Bürgermeister. **RG.** 13. 2. 17, BayRpflZ. 17, 222, JW. 17, 594, LeipzZ. 17, 917. (Der Bürgermeister X der bekl. Gemeinde hatte von der Kl.

namens des Sparkassenvorstandes einen Kontokurrentvorschuß erbeten, ausgezahlt erhalten und für sich verbraucht.) Wenn X die ihm nach Gesetz (§§ 45, 59 Nr. 7 der LGO. für Hessen-Nassau) und Satzung (§ 51) zustehende Aufgabe dazu mißbrauchte, um auf Grund eines von ihm allein unterzeichneten Schreibens mittels eines gefälschten Beschlusses des Sparkassenvorstandes und gefälschter Quittungen der zust. Kassenbeamten und unter Verwendung des zu seiner Verfügung stehenden Gemeindesiegels die Kl. zu täuschen und zur Hergabe der 10000 M. zu bestimmen, so handelte er in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen, und die Bekl. haftet nach §§ 31, 89 BGB. für den Schaden, den seine nach § 823 Abs. 2 BGB. i. Verb. mit § 263 StGB. zum Schadensersatze verpflichtende Handlung der Kl. zufügte, wenngleich X dabei nicht in den Grenzen seiner Vertretungsmacht blieb. (Vgl. **RG.** 6. 3. 13, JW. 13, 587; 2. 1. 12, JW. 12, 283, **RG.** 57, 93; 68, 284.) Ebenso

b) **RG.** 2. 3. 17, JW. 171, 593, LeipzZ. 19, 968, R. 17, 290, WarnE. 17, 194. (Das Vermögen der klagenden Kirchengemeinde war in preuß. Staatsschuld angelegt, die Schuld in das Staatsschuldbuch eingetragen. Auf verschiedene, mit dem Namen des Pastors als Vorsitzenden des Gemeindekirchenrats und mit je zwei Namen von Ältesten unterzeichnete, mit dem Kirchensiegel versehene Anträge wurden die Schuldverschreibungen an den Pastor herausgegeben, der die Unterschriften der Ältesten gefälscht hatte und die Schuldverschreibungen in seinem eigenen Nutzen verwandte. Die Klage gegen den Staat wurde in allen Rechtszügen abgewiesen.) Ein Handeln in den Grenzen der Vertretungsmacht ist für die Anwendung der §§ 31, 89 nicht erforderlich. — Die Vorschrift des § 31 beruht ausschließlich auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Da die Körperschaft durch ihre Vertretung die Möglichkeit gewinnt, im rechtlichen Verkehr handelnd aufzutreten, soll sie auch die Nachteile tragen, die eine solche Vertretung mit sich bringt. Die Vorschrift umfaßt gerade die Fälle, in denen eine Handlung des Vertreters durch eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht gedeckt wird.

2. Haftung des Staats und der Gemeinde für Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen. Hartmann 622. Die Entsch. darüber, ob der Staat für mangelhafte Unterhaltung der öffentl. Wege privatrechtlich haftet, hängt nicht davon ab, ob die dingliche Sachherrschaft (dominium) mit der hoheitlichen Verfügungsgewalt (imperium) zu einem einheitlichen Institut, dem öffentl.-rechtl. Eigentum verschmolzen ist. Auch dann, wenn man eine solche Verschmelzung nicht annehmen will, und demgemäß daran festhält, daß das privatrechtliche Eigentum durch die Verfügungsgewalt des Staats nicht ausgeschlossen wird, muß man doch zu dem Ergebnis kommen, daß das bürgerliche Recht, insbesondere die §§ 31, 89 hier keine Anwendung finden können. Denn die Herrschaft des Privatrechts hört, wie auch von den Gegnern der Publizitätstheorie nicht geleugnet wird, notgedrungen an dem Punkte auf, an dem der öffentl. Dienst der Sache beginnt. — Die Verpflichtung zur Unterhaltung der öffentl. Wege ist nicht im Privatrecht begründet, sondern entspringt unmittelbar dem öffentl. Recht.

III. Die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen. 1. a) Über die Bedeutung der Formvorschriften der § 88 Abs. 4 Nr. 7 LGO. v. 3. 7. 91, § 137 KreisO., §§ 90, 91 ProvO. und § 56 StädteO. v. 30. 5. 53 im allgemeinen. PrOVG. 25. 1. 16, OVG. 70, 263, JW. 17, 383, OLG. 34, 246 bekämpft die Auffassung **RG.** 82, 7, daß die in den angeführten Gesetzen vorgeschriebene Form die Voraussetzung bilde, unter der das Willensorgan der Gemeinde für diese verbindliche Erklärungen abgeben könne. Zunächst spricht schon der Wortlaut der Vorschriften gegen, jedenfalls aber nicht für die Auslegung des RG. Dort wird nur gesagt, daß, wenn über die Verpflichtung einer Gemeinde eine Urkunde errichtet wird, es zu deren Gültigkeit der schriftl. Form bedarf. Keineswegs ist aber dem Wortlaute zu entnehmen, daß die Gemeinde nur durch schriftl. Willenserklärungen in der angegebenen Form verpflichtet werden könnte. Gegenüber dieser Fassung des Gesetzes müssen Mutmaßungen über den vermeintlichen Zweck zurücktreten. (Es wird im Anschluß an Helfritz, vgl. JDR. 15, C 3a ausgeführt, daß der vom

RG. unterstellte Zweck des Schutzes der Gemeinde gegen willkürliche Handlungen, durch die Innehaltung der Form allein nicht erreicht werden könne.) Das RG. entnimmt dem Wortlaut und dem vermeintlichen Zwecke der Bestimmung die Deutung, daß die den Formvorschriften nicht entsprechenden Erklärungen „außerhalb der Vertretungsmacht des Vorstandes" lägen und deshalb als nicht abgegeben zu gelten hätten; jene Bestimmungen seien keine bloßen Formvorschriften, sondern regelten materiell die Vertretungsmacht des Vorstehers (67, 271; 68, 407) und bildeten den Rahmen der Vertretungsmacht. Auch dieser inneren Begründung kann nicht zugestimmt werden. Wie Helfritz (a. a. O. 26) ausführt, legt das RG. zu Unrecht die Lehre von der Stellvertretung zugrunde. Das Verhältnis der Gemeinde gegenüber den zu ihrer Vertretung nach außen berufenen Personen bemißt sich vielmehr nach der namentlich von Gierke für das deutsche Körperschaftsrecht entwickelten Organlehre. (Es wird ferner der Auffassung entgegengetreten, daß die fraglichen Bestimmungen etwa „den Rahmen der Organmacht" bildeten, und mit Helfritz hervorgehoben, es würde eine ganz unbegreifliche Gesetzestechnik sein, wenn der Gesetzgeber, statt seinen Willen unmittelbar zum Ausdruck zu bringen, in den Regeln über die bei Ausstellung von Urkunden zu beobachtende Form eingeschlossen den in seiner Tragweite unübersehbaren Grundsatz aufstellen sollte, daß eine Bindung der Stadtgemeinde nicht anders als in schriftl. Form erfolgen könne.) Darüber, wann ein bürgerliches Rechtsgeschäft die Schriftform erfordert, entscheidet das bürgerliche Recht; seine Normen gelten in gleicher Weise für juristische wie natürliche Personen. — Wo das bürgerliche Recht die Schriftlichkeit zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht vorschreibt, sind die Organe einer Verbandsperson an die Beobachtung der für Urkunden der gedachten Art durch die Gemeindegesetze erforderten Form nicht gebunden.

b) Im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des RG. (Erklärungen der Verwaltungsdeputationen.) *α.* **RG.** 24. 2. 17; 89, 433, GruchotsBeitr. 61, 671, R. 17, 243. In § 56 Nr. 8 der StädteO. v. 30. 5. 53 sind die Voraussetzungen für die Abgabe von Erklärungen, durch welche eine Stadtgemeinde nach außen hin verpflichtet werden soll, allgemein geregelt. Diese Voraussetzungen müssen auch erfüllt sein, wenn die Erklärungen von einer Verwaltungsdeputation, die gemäß § 59 zur dauernden Verwaltung oder Beaufsichtigung einzelner Geschäftszweige eingesetzt ist, ausgehen. Es kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen, daß eine im Namen einer solchen Deputation abgegebene Erklärung die Gemeinde unter leichteren Voraussetzungen sollte verpflichten können, als eine im Namen des Magistrats selbst, des eigentlichen Vertretungsorgans der Gemeinde, abgegebene Erklärung. (Es wird näher ausgeführt, daß die Deputationen keine gegenüber dem Magistrate selbständige Behörden, sondern dem Magistrate in allen Beziehungen untergeordnete Hilfsorgane, erweiterte Abteilungen des Magistrats sind.) Eine Urkunde, welche von dem Vorsitzenden und einem Deputationsmitgliede unterschrieben ist, ist als der Form des § 56 Nr. 8 für Verpflichtungserklärungen genügend anzusehen. Dagegen entspricht eine von dem Deputationsvorsitzenden allein unterschriebene Urkunde den Erfordernissen dieser Vorschrift nicht. (Die Frage, ob der Magistrat in seiner Gesamtheit ohne Beobachtung der in § 56 Nr. 8 vorgeschriebenen Urkundsform die Stadtgemeinde verpflichtende Verträge abschließen könne, ist dahingestellt gelassen. Jedenfalls habe die maßgebende Beschlußfassung des Magistrats auf Grund einer gleichfalls körperschaftlichen Willensentschließung dem anderen Teile mitgeteilt werden müssen, was nicht der Fall gewesen ist.)

β. Hamm 17. 11. 16, R. 17, 290. Der § 65 der Westf. LGO. v. 19. 3. 56, nach welchem Urkunden, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, vom Amtmann und Gemeindevorsteher vollzogen werden müssen, gilt nicht nur für den Fall, in dem tatsächlich eine Urkunde errichtet wird. Die Landgemeinde kann überhaupt nicht anders, als in der vorgeschriebenen urkundlichen Form Dritten gegenüber Verpflichtungen übernehmen, sofern es sich nicht lediglich um die gewöhnlichen laufenden Geschäfte der Verwaltung

handelt. Zu letzteren gehört aber nicht die Verpflichtung, den Bau einer neuen Landstraße in einer bestimmten Lage auszuführen.

γ. Zu § 53 des Schulgesetzes v. 28. 7. 06. KG. 4. 6. 15, OLG. 34, 246. Allerdings wird nach § 53 Satz 4 der Gesamtschulverband nach außen durch den Verbandsvorsitzenden vertreten, und ist nur für Urkunden, die den Verband verpflichten sollen, in Satz 2 vorgeschrieben, daß sie von den Vorsitzenden und einem Mitglied des Schulvorstandes zu vollziehen sind. Die letztere Bestimmung ist aber ebenso wie die ganz ähnliche Vorschrift in den Gemeindeordnungen dahin auszulegen, daß sie auf alle Verpflichtungen des Schulverbandes, soweit sie nicht die laufende Verwaltung betreffen, anzuwenden ist.

c) Anders bezüglich der ähnlichen Formvorschrift für die Handelskammer des Herzogtums Braunschweig. § 4 S. 4 des Ges. v. 14. 5. 06. Braunschweig 24. 3. 16, BraunschwZ. 64, 19. Die Vorschrift ist nicht über den Wortlaut hinaus auszudehnen. Sie ist in das Gesetz aufgenommen, um die Zweifel zu beseitigen, wie die rechtsgeschäftl. Willenserklärung abzugeben sei, wenn durch Gesetz oder Abrede schriftl. oder gerichtl. Verlautbarung verlangt wurden. (Vgl. BraunschwZ. 59, 89.)

2. Voraussetzungen der Gültigkeit eines von einem Landrat der Provinz Posen als Bevollmächtigten des Kreisausschusses abgeschlossenen Vertrages. Posen 25. 1. 17, PosMSchr. 16, 126. (Es war der Einwand erhoben worden, daß die Vollmachtsurkunde nicht von allen, sondern nur von drei KrAusschußmitgliedern einschließlich des Vorsitzenden unterschriftlich vollzogen worden sei.) Der KrAusschuß ist beschlußfähig, wenn mit Einschluß des Vorsitzenden drei Mitglieder anwesend sind (§ 40 LVG. v. 30. 7. 83, der nach Art. 1 G. v. 19. 5. 89 für die Prov. Posen in Kraft ist). Das Erfordernis, daß die Urkunde die Unterschriften sämtlicher KrAusschußmitglieder tragen müsse, gleichviel ob sie in der Ausschußsitzung mitgewirkt haben oder nicht, ist nirgends aufgestellt, weder in den allgemeinen Vorschriften (PrALR. II 6; I 13 § 207) noch sonstwo. Es wird selbstverständlich nur die Vollziehung der Urkunde durch sämtliche an der Beschlußfassung mitwirkende Mitglieder erfordert. Bestätigt von **RG.** 23. 6. 17, LeipzZ. 17, 1126, PosMSchr. 17, 99, R. 17, 535.

3. Mängel der Form. a) (zu § 88 Abs. 4 Nr. 7 Abs. 2 LGO. v. 3. 7. 91). **RG.** 14. 11. 16, R. 17, 45. Wegen einer unrichtigen Angabe des Tages, an dem die betreffenden Gemeindebeschlüsse gefaßt sind, ermangeln die Urkunden nicht der vorgeschriebenen Form. Bedeutungslos ist auch, daß der Hinweis auf die Gemeindebeschlüsse in die Urkunde erst hineingesetzt worden ist, nachdem diese von dem Gemeindevorsteher und dem Schöffen bereits mit ihren Unterschriften versehen worden waren. Die Aufführung des Gemeindebeschlusses in der Vertragsurkunde ist überhaupt kein wesentliches Formerfordernis nach § 88 Nr. 7 Abs. 2, es genügt vielmehr, wenn tatsächlich vor Unterschrift des Vertrages der Gemeindebeschluß gefaßt und zur Kenntnis des Vertragsgegners gebracht worden ist (**RG.** 73, 73).

b) Zu § 61 Z. 8 der StädteO. v. 4. 8. 97. **RG.** 27. 10, 16, R. 17, 45. Die Nichtbeobachtung der Form hat zur Folge, daß für keine Partei vertragsmäßige Rechte oder Pflichten entstehen. Die Stadtgemeinde kann aber aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung haften.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Schrifttum: Bacharach, Kriegsbeschädigte und künstliche Gliedmaßen, BayRpflZ. 17, 211. — Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917. — Kriener, Zubehör und Bestandteil bei Grundstücksveräußerung, ZBlFG. 18, 221.

§ 90.

1. Rechtliche Bedeutung des Sachbegriffs und der Sachgesamtheit. *Fuchs. a) Der § 80 hat nur eine terminologische Bedeutung; er ist ein Hinweis auf den Sprachgebrauch des BGB.; eine Sprachregel, die zurücktreten muß, wo das Gesetz den Begriff der Sache weiter faßt. Der § 90 ist kein materiell rechtl. Grundsatz des Inhalts,

daß Sache insbesondere i. S. des Sachenrechts nur der körperliche Gegenstand (die Einzelsache) res singula sein kann und daß Sachenrechte an Inbegriffen, Rechten (und Leistungen) nicht anerkannt sind (S. 31). Daß Inbegriffe und Rechte auch sachenrechtliche Einheiten und Teile einer solchen sein können, ergeben u. a. die §§ 96, 926, 1031, 1035—1048, 1062, 1085—1189, 1096, 1126, 1272, 1273.

b) Eine Zusammenfassung von Sachen und Rechten zu sachenrechtlichen Einheiten wäre nur dann als unstatthaft zu erachten, wenn eine sachenrechtliche Herrschaft über Inbegriffe und Rechte begrifflich unmöglich wäre. Zugegeben, daß sich über Sachgesamtheiten und Rechte eine reale Macht nicht üben läßt, so ist es doch nicht richtig, daß zum Wesen des Sachenrechts reale Macht, unmittelbare Sachbeherrschung gehört. Reale körperliche Macht verlangt nur der Besitz (s. zu § 854). Für den Satz, daß Sache i. S. des Sachenrechts nur das körperliche, der realen Beherrschung zugängliche Einzelding ist und sein kann, fehlt es an jeder Grundlage.

2. Rechtliche Beurteilung künstlicher Gliedmaßen. Bacharach 212. Soweit es sich um Ergänzungen handelt, die der Körper völlig und dauernd in sich aufnimmt — künstliche Rippen, Sehnen, Kieferstücke u. dgl. —, kann und muß man, wohl ohne Widerspruch mit den tatsächlichen Verhältnissen, annehmen, daß sie geradezu Körperteile geworden sind und damit aufgehört haben, Sachen, also Rechtsobjekte zu sein, daß also alle Rechtstitel erlöschen, die eine Trennung wieder zur Folge haben könnten. Andere künstliche Ergänzungen dagegen, deren Verbindung mit dem Körper keine feste und dauernde ist, sondern je nach Bedarf, besonders nachts, gelöst zu werden pflegt, sind als Sachen i. S. des bürgerlichen Rechts anzusehen und als solche auch möglicher Gegenstand von dinglich und schuldrechtlich wirkenden Rechtsgeschäften. Vgl. zu § 811 Nr. 12 ZPO.

§§ 93, 94.

1. Abbaugerechtigkeit. **RG.** 7. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 319, LeipzZ. 17, 132. Die Abbaugerechtigkeit, die den Grundstücken gleichsteht und für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. gelten, erstreckt sich nicht allein auf das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld, sondern umfaßt auch alle der Ausbeute der gewonnenen Kohlen und anderen Fossilien dienenden bergbaulichen Anlagen, sei es als Bestandteile i. S. der §§ 93, 94 oder, wenn sie bewegliche Sachen sind, die, ohne Bestandteile zu sein, dem Betriebe zu dienen bestimmt sind, nach §§ 97 Abs. 1, 98 Nr. 1 BGB. als Zubehör (**RG.** 61, 188).

2. Aufzugsanlagen. **RG.** 5. 5. 17; 90, 198, JW. 17, 707, R. 17 Nr. 1367, 1368. Zu den wesentlichen Gebäudebestandteilen nach § 94 Abs. 2 gehört nicht nur, was zur Herstellung einer jeden Baulichkeit notwendig ist, wie gewöhnliche Baumittelstücke, sondern auch, was durch seine Verarbeitung dem betreffenden Gebäude ein bestimmtes Gepräge, seine besondere Eigenart gegeben hat (JW. 11, 532, 574). Letzteres trifft auf die bei dem Neubau eines Hotelgebäudes zugleich eingerichteten elektrischen Aufzugsanlagen zu. — § 94 Abs. 2 ist nicht als eine den § 93 erläuternde Vorschrift anzusehen, sondern hat selbständige Bedeutung; danach kann die Eigenschaft eines wesentlichen Gebäudebestandteils auch dann gegeben sein, wenn die Voraussetzungen des § 93 nicht vorliegen (**RG.** 63, 418).

3. Beleuchtungskörper eines Hotelgebäudes. **RG.** 16. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 915, JW. 17, 809, LeipzZ. 17, 1060, R. 17, Nr. 1763, WarnE. 17, 421. Unmittelbare wesentliche Bestandteile des Hotelgrundstücks nach § 94 Abs. 1 sind die Beleuchtungskörper nicht, da sie mit dem Grund und Boden überhaupt nicht verbunden sind. In Frage kommt daher nur, ob sie mittelbar wesentliche Bestandteile des Grundstücks deswegen seien, weil sie wesentliche Bestandteile des Hotelgebäudes, eines wesentlichen Bestandteils des Grundstücks (§ 94 Abs. 1) geworden seien. Daß sie nicht nach § 94 Abs. 2 wesentliche Bestandteile des Gebäudes geworden sind, nimmt der BR. mit Recht an. — Es ist aber auch zu verneinen, daß die Beleuchtungskörper nach § 93 als wesentliche Bestandteile der Gebäudesache zu

erachten sind. — Wie der Senat in zahlreichen Entsch. ausgesprochen hat, ist ein aus bisher selbständigen Sachen zusammengesetztes Ganzes nur dann als eine einzige Sache zu erachten, wenn das Ganze sich nach allgemeiner natürlicher Anschauung als eine Körpereinheit darstellt und die zu dem Ganzen verbundenen Gegenstände ihre frühere Eigenschaft als selbständige Sachen dergestalt verloren haben, daß sie fortan nur als unselbständige Stücke jener Körpereinheit erscheinen. — Die Beleuchtungskörper und die Gebäudesache mögen als eine durch die Bezeichnung modernes Hotel mit elektrischer Beleuchtungseinrichtung zusammengefaßte Sachgesamtheit anzusehen seien, bei der die Beleuchtungskörper mit der Gebäudesache zur Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks der elektrischen Beleuchtung des Hotels zusammengebracht worden sind. Aber eine Körpereinheit, eine einzige Sache stellen die Beleuchtungskörper und die Gebäudesache nicht dar. (In **RG.** 28. 6. 04; 58, 338 handelte es sich um einen Teil einer elektrischen Beleuchtungsanlage für ein Hotelanwesen, namentlich um eine Dynamomaschine und eine Akkumulatorenbatterie nebst Zubehör. Es wird ausgeführt, daß dieses Urteil zu einer Anwendung des § 137 GVG. keinen Anlaß bietet.)

4. Öfen und Herde. BayObLG. 13. 7. 17, DJZ. 17, 1034, R. 17 Nr. 1762. Öfen und Herde sind wesentliche Bestandteile nach § 93. Ein vierstöckiges Miethaus muß nach den Lebensgewohnheiten in Bayern mit Öfen und Herden ausgestattet sein. Das verlangen auch die klimatischen Verhältnisse und dem entspricht die Verkehrsanschauung.

5. Homogenisiermaschinen einer Molkerei und Milchkonservenfabrik. Bestandteilseigenschaft der Maschinen und der dazu gehörigen Transmissionsanlage verneint von Kiel 17. 4. 17, OLG. 35, 289, SchleswHolstAnz. 17, 174. Zu Gebäudebestandteilen (§ 93) würden sie nur dann geworden sein, wenn sie ihre körperliche Selbständigkeit verloren hätten und in die Gebäudeeinheit aufgegangen wären. (Wird verneint.) Auch der Umstand, daß zur Kondensierung und Sterilisierung von Milch eine Homogenisiermaschine nebst einer Transmissionsanlage gehört, und daß demnach ohne sie die Milchkonservenfabrik des Bekl. nicht in der bisherigen Weise weiterbetrieben werden könnte, reicht zu einer Bejahung der Bestandteilseigenschaft nicht aus. Kein Maschinenbetrieb ist ohne die ihm dienenden Maschinen denkbar und durchführbar, in allen Fällen bildet also ein Fabrikgebäude mit den zum Fabrikbetriebe bestimmten Maschinen und sonstigen Gegenständen eine wirtschaftliche Einheit, von deren Erhaltung die Fortsetzung des Betriebes abhängig ist. Für die Frage nach der Bestandteilseigenschaft der Maschinen ist jedoch das Vorhandensein einer solchen wirtschaftlichen Einheit nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, ob die Maschinen nach der Art ihrer Verbindung mit dem Gebäude und nach der ganzen sonstigen Gestaltung des Betriebes mit dem Gebäude zu einer körperlichen Einheit geworden sind. (Im Anschluß an **RG.** WarnE. 13, 80 u. 14, 195. Auch die „Einfügung" i. S. des § 94 Abs. 2 wurde unter Hinweis auf jene Entsch. verneint.)

6. Rohrnetz (eines Gas-, Wasser- oder Elektrizitätswerkes). Kiel 5. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 205. Es widerspricht der Verkehrsanschauung, das Rohrnetz als einen wesentlichen Bestandteil der Grundstücke, auf denen es sich befindet, anzusehen, wobei vor allen Dingen die Ausdehnung der Rohrleitungen in Betracht kommt (JW. 15, 569). Das Rohrnetz dient dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks und steht zu ihm in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse (§ 97 BGB.). Als solches besteht es aus wesentlichen Bestandteilen, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere gestört oder in seinem Wesen verändert wird. Sonderrechte an einzelnen Teilen des Rohrnetzes sind deshalb nicht denkbar (§ 93). Wenn also die Hypotheken der Bekl. von Anfang an das Rohrnetz mitumfaßten, so treten die später hinzugekommenen Bestandteile, auch die angeblich von der Kl. neu hinzugefügten Stücke, in die Hypothekenhaftung ohne weiteres ein.

7. Staubsaugeapparate. Hamburg 14. 2. 17, OLG. 35, 290, R. 17 Nr. 757. Die Staubsaugeanlage umfaßt nicht nur einige mit dem betr. Grundstück fest verbundene

Teile, sondern sie ist in ihrer Gesamtheit zu dauerndem Verbleib in dem fraglichen Grundstück angebracht derart, daß durch Entfernung der streitigen Teile die ganze Anlage in ihrem Wesen geändert und damit auch der Charakter des mit herrschaftlichen Wohnungen versehenen Hauses selbst beeinflußt werden würde. (Damit ist die Anlage, ähnlich wie Badewannen, Bestandteil des Grundstücks geworden.)

§ 96.

Rechtliche Natur des Teilnehmerrechts an Gemeinheiten. **RG.** 11. 10. 16, R. 17, 52. Das regelmäßige Teilnahmerecht an bestimmten gemeinsamen Grundstücken (Gemeinheiten) ist kein persönliches Vertragsrecht, bei dem die persönliche Rechtsnachfolge in die Vertragsrechte der ursprünglichen Regreßbeteiligten nachgewiesen werden muß. Es handelt sich dabei nicht um ein persönliches Recht des ursprünglichen Vertragschließenden, sondern um ein untrennbares Zubehör, nach der Ausdruckweise des § 96 um einen Bestandteil der berechtigten Grundstücke.

§§ 97, 98.

1. Fuhrwerksgeschäft. a) Dresden 31. 3. 17, LeipzZ. 17, 1004, SächsOLG. 38, 183. § 98 Nr. 1 erfordert, daß der Gewerbebetrieb als solcher und die zum Betriebe bestimmten Gerätschaften zu dem Gebäude in engster Beziehung stehen. Von einem Fuhrgeschäft läßt sich seiner Natur nicht sagen, daß es im Gebäude seine Betriebsstätte hätte. Sein Betrieb findet folgeweise auch insbesondere dort nicht statt, wo sich das Geschäftskontor befindet.

b) Anders **RG.** 9. 5. 17, BayRpflZ. 17, 253, JW. 17, 708, LeipzZ. 17, 970, R. 17 Nr. 1765, WarnE. 17, 262. Mag auch der Betrieb eines jeden Fuhrgeschäfts sich im wesentlichen außerhalb des Grundstücks vollziehen, so hat er doch in dem Grundstück regelmäßig den Mittelpunkt und Stützpunkt. Das Grundstück bedarf für den Betrieb einer ihm angepaßten Einrichtung. Für die Kutscher und die sonstigen im Betriebe tätigen Personen müssen Schlafräume, für die Pferde und Stallungen, für die Unterbringung der Wagen und die Aufbewahrung der Geschirre und Gerätschaften müssen Gelasse geschaffen werden. Diese und andere Einrichtungen werden dem Grundstück ein für den Betrieb eines Fuhrwerksunternehmens eigentümliches Gepräge verleihen. (Im gegebenen Falle festgestellt.)

2. Gasthof. (Klavier und Schützenscheiben.) München 13. 8. 17, R. 17 Nr. 1764. Ihrer Natur nach erscheinen beide Gegenstände (Klavier und Scheibe) geeignet, dem Wirtschaftsbetrieb als Ausstattung zu dienen. Woher sie der Grundstückseigentümer erworben und wer sie tatsächlich benutzt hat, ist belanglos.

3. Sägewerk. Maschinen (für den Betrieb einer noch nicht fertiggestellten Fabrik). **RG.** 28. 10. 16; 89, 61, BayNotZ. 54, 277, JW. 17, 100, LeipzZ. 17, 119, R. 17 Nr. 4, 5. Nach der Feststellung des BG. war nur ein Rohbau für ein Dampfschneidebetriebsgebäude aufgeführt und stellte sich dieser Rohbau als ein Schuppen aus Fachwerk dar, in welchem zum Teil noch die Fenster fehlten und der Fußboden teilweise nur mit losen Brettern belegt war. Es war also ein für ein Dampfschneidewerk dauernd eingerichtetes Gebäude noch nicht hergestellt. Kann aber eine Sache dem wirtschaftl. Zweck einer anderen Sache als der Hauptsache nur dann dienen, wenn diese Sache in bestimmter Art zur Entstehung gelangt, so kann sie, bevor die andere Sache in der erforderlichen besonderen Art entstanden ist, nicht Zubehör, Nebensache sein, da die Hauptsache, deren wirtschaftl. Zweck die Nebensache dienen konnte, noch nicht vorhanden ist. — Ferner wurde die Anwendbarkeit der Grundsätze **RG.** 84, 284 über Baumittelstücke (JDR. 13 zu § 97, 3) verneint, da die Zweckbestimmung der Maschinen nur war, dem wirtschaftlichen Zweck des hergestellten Dampfschneidewerks durch Ermöglichung oder Förderung des Betriebs zu dienen, nicht dagegen schon vor Herstellung des Dampfschneidewerks dem Grundstück zu seiner Nutzbarmachung durch Bebauung Hilfssache zu sein.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Schrifttum: Berolzheimer, Der Einfluß des Todes Minderjähriger auf schwebend unwirksame Verträge, DJZ. 17, 1024. — Fränkel, Konkurrenzklausel und minderjährige gewerbliche Arbeiter, GewuKfmG. 22, 137. — Hörle, Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit jugendlicher Arbeiter. Lohnzahlung und Lohnersparnis, GewuKfmG. 23, 37.

§ 104.

1. Einfluß der Willensschwäche auf die Geschäftsfähigkeit. **RG.** 23. 5. 17, LeipzZ. 17, 1123, R. 17 Nr. 1547, WarnE. 17, 365. Das Gesetz (§ 104 Nr. 2) erfordert im Anschlusse an § 51 StGB. für die Geschäftsunfähigkeit den Ausschluß der freien Willensbestimmung, d. h. der normalen Bestimmbarkeit durch vernünftige Erwägungen, an deren Stelle bestimmte Vorstellungen, Triebe, auch Einflüsse anderer Personen, übermächtig den Willen beherrschen müssen. Bloße Willensschwäche, deren Folge leichte Beeinflußbarkeit durch andere Personen ist, schließt die Möglichkeit der freien Willensbestimmung nicht aus, solange solche Einflüsse noch in normaler Weise als Motive wirken und nicht infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit nach Art mechanischer Ursachen die als Willensbetätigung erscheinende Wirkung auslösen. Wo die Grenze ist, kann nur eine genaue Untersuchung des Einzelfalls, unter Berücksichtigung psychiatrischer Erfahrungssätze ergeben.

2. Anwendung auf öffentliches Recht. a) **RG.** 1. 12. 16, BayRpflZ. 17, 117, JW. 17, 225, LeipzZ. 17, 538. Der Antrag eines geschäftsunfähigen Beamten auf Entlassung (unter Verzicht auf Titel, Gehalt und Pensionsanspruch) ist auch für das öffentliche Recht wirkungslos. (Vgl. **RG.** 69, 391, JW. 10, 1011.)

b) Klagerecht eines Geisteskranken nach bad. IrrenFGes. Bad. Verw.-GerH. 1. 2. 16, BadRpr. 17, 40. Da tatsächlich festgestellt wurde, daß die Störung der Geistestätigkeit des Klägers sich auch auf das Gebiet der Verteidigung seiner Rechte erstreckte, für das die freie Willensbestimmung (d. h. die normale Bestimmbarkeit durch vernünftige Erwägungen) Voraussetzung ist, so wurde die Klage wegen des Mangels des Klagrechts (§§ 9 Abs. 2 S. 3, § 4 Abs. 2 S. 2 a. a. O.) abgewiesen.

§ 108.

Einfluß des Todes Minderjähriger auf schwebend unwirksame Verträge. Berolzheimer 1024 gelangt im Gegensatz zu der herrschenden Ansicht zu dem Ergebnis: Eine rechtliche Grundlage für den Übergang des Genehmigungsrechts auf die Erben des Minderjährigen besteht nicht. Sein Tod hat vielmehr stets die Auflösung der in diesem Zeitpunkte schwebend unwirksamen Verträge zur Folge. Dies gilt auch in dem Fall, daß der Minderjährige z. Z. seines Todes bereits volljährig war, jedoch vor Genehmigung des Vertrages verstorben ist.

§ 113.

1. Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit jugendlicher Arbeiter. Lohnzahlung und Lohnersparnis. Hörle 37 erörtert die freie Rechtsstellung jugendlicher Arbeiter, denen der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung nach § 113 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 4 eingeräumt hat, und die volkswirtschaftlichen Nachteile, die sich aus dieser Ungebundenheit ergeben können. Er empfiehlt eine auf das Reichsgebiet sich erstreckende Bestimmung, daß bei minderjährigen Arbeitern bis zum vollendeten 18. Lebensjahre der Lohn nach § 119a Ziff. 2 GewO. zu entrichten ist und mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters von dem Arbeitgeber bestimmte Lohnbeträge bei Fälligkeit einer zur Anlegung von Mündelgeld geeigneten Sparkasse überwiesen und bei ihr auf den Namen des minderjährigen Arbeiters gesperrt verzinslich angelegt werden, während für die älteren minderjährigen Arbeiter die Vorschriften der §§ 107 bis 111, 113 BGB. 107, 108 GewO. maßgebend bleiben sollen. Vgl. auch BayObLG. 2. 6. 16, JDR. 15 zu § 110, jetzt auch OLG. 34, 5.

2. Konkurrenzklausel. LG. Plauen 25. 2. 15, GewuKfmG. 22, 140. Die Ver-

einbarung einer Konkurrenzklausel bedarf über die allgemein erteilte Ermächtigung zum Diensteintritt hinaus der besonderen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. — Mit den Motiven I, 145 ist Gewicht darauf zu legen, daß die allgemeine Ermächtigung des § 113 sich nur auf Rechtsgeschäfte bezieht, die über das Dienst- oder Arbeitsverhältnis der „gestatteten" Art nicht hinausgehen, also nicht auf solche, denen im voraus zuzustimmen wegen ihrer Schwere oder Eigenart der gesetzliche Vertreter nicht beabsichtigt haben kann. Die Nebenverabredung einer Vertragsstrafe, insbesondere aber einer solchen für den Fall der Übertretung eines Konkurrenzverbotes, kann auch nicht als im unmittelbaren Zusammenhange mit dem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse stehend angesehen werden. — Vgl. hierzu Fränkel 137, der fordert, daß Konkurrenzklauseln und Vertragsstrafen für minderjährige gewerbliche Arbeiter durch Einschiebung einer Verbotsbestimmung in die GewO. grundsätzlich für nichtig erklärt werden.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Schrifttum: Baum, Bericht zum 2000-Mark-Vertrag, GewuKfmG. 22, 83. — Bittinger, Aufgaben des Gerichts gegenüber dem Schwindel im Geschäftsleben, BayRpflZ. 17, 74; 103. — Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1914 (vgl. hierzu Silberschmidt, JW. 17, 26). — Ernst Fuchs, Zur juristischen Neuorientierung, JW. 17, 504 u. 633. — Eugen Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917. — Wilhelm Fuchs, Pseudonyme Rechtsgeschäfte, AZivPr. 115, 84. — Flad, Irrtum über Eigenschaften einer dritten Person, GruchotsBeitr. 61, 1. — Gottschalk, Die Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht, 1917. — Glücksohn, Zur Frage des 2000-Mark-Vertrages, LeipzZ. 17, 186. — Hartmann, Die rechtliche Natur der Kriegsbeschlagnahme, RuW. 6, 10. — Jacoby, Die Sicherheit der Bank bei Vorschußerteilung auf rollende Ware, GoldschmidtsZ. 80, 358 (Sicherungsübereignung). — Isay, Zur rechtlichen Natur der Kriegsbeschlagnahme, LeipzZ. 17, 174. — Kisch, Bindung des Versicherers an den Versicherungsschein, LeipzZ. 17, 1105. — Klein, Leistungsverzug und Krieg, BayRpflZ. 17, 77. — Kloß, Das Verbot der Abwälzung des Warenumsatzsteuerstempels, DJZ. 17, 739. — Lehmann, Wucher und Wucherbekämpfung, 1917. — Lehmann, Kriegswucher, Handel u. Reichsgericht, DJZ. 17, 772. — Lenz, Einheitliche Rechtsprechung, ThürBl. 64, 23. — Lohmann, Das Recht des geschiedenen, nicht sorgeberechtigten Ehegatten zum Verkehr mit seinen Kindern, GruchotsBeitr. 61, 22. — Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32; auch als Sonderschrift 1917. — Matthießen, Die zivilrechtlichen Folgen übermäßiger Preissteigerung, LeipzZ. 17, 1289. — May, Unanfechtbarkeit der Police und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, LeipzZ. 17, 787. — Michaelis, Die Rechtsverhältnisse an der Sonderrücklage zur Sicherung der Kriegsgewinnsteuer, GruchotsBeitr. 61, 410. — Mirre, Das Reichsgericht über die Versteuerung der Sicherungsübereignungen, DNotV. 17, 43. — Moses, Ist jeder Kettenhandel unsittlich? DJZ. 17, 327. — Natter, Anerkennung (Bestätigung) anfechtbarer und nichtiger Testamente, WürttZ. 59, 81. — Nord, Öffentlicher Beschlag (Sachbindung) und privates Recht, insbesondere bei Getreide und Futtermitteln, DJZ. 17, 716. — Nübell, Die Abgrenzung der Aktienübernahme von der Aktienzeichnung und die aus der Übernahme und Zeichnung hervorgehenden Rechte und Pflichten, ABürgR. 42, 104. — Oertmann, Überschreitung von Höchstpreisen, GesuR. 18, 513 und JW. 17, 254. — Raydt, Der Einfluß der Höchstpreise auf das Vertragsrecht, 1917. — Rosenthal, Übermäßiger Gewinn, 1917. — Salinger, Zum Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten, JW. 17, 4. — Schneider, Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung, ABürgR. 42, 274. — Silberschmidt, Die Nichtigkeit der gegen Kriegsverordnungen verstoßenden Rechtsgeschäfte und der gutgläubige Dritte, BankA. 16, 397 u. 417. — Starck, Kann ein Kind nach dem Tode des Ehemannes seiner Mutter gegen diese auf Feststellung seiner Unehelichkeit klagen? R. 17, 567. — Starke, Lieferungsverträge unter Einwirkung des Krieges, (2) 1917. — Werneburg, Ist die Blankoabtretung eines Kuxes als Sicherungsübereignung aufzufassen? HoldheimsMschr. 17, 62. — Wüstendörfer, Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues, HansRZ 1, 105.

Vor § 116.

Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung. Schneider 274. 1. Es wird vorgeschlagen, statt „Willenserklärung" das Wort „Rechtserklärung" zu gebrauchen, ähnlich wie in § 129 nur von Erklärungen die Rede ist. Die Erklärung ist immer eine Äußerung, etwas nach außen Tretendes.

Um als rechtliche Erklärung angesehen werden zu können, wird sie sich auf Rechtsangelegenheiten beziehen müssen und zu deren Gestaltung etwas beitragen sollen. 2. Nichtausdrückliche Erklärungen, d. h. Erklärungen, die keinen Ausdruck irgendwelcher Art finden und vielleicht nur „insgeheim vorbehalten" werden (§ 116), gibt es nicht, jedenfalls nicht für den Rechtsverkehr. 3. Es gibt Fälle, in denen das Gesetz einen gewissen Nachdruck bei der Erklärung, eine erhöhte „Zuverlässigkeit", daß ihr Inhalt voll erkennbar sei, verlangt, und deshalb derartige Erklärungen aus der im übrigen ununterschiedenen Reihe der Rechtserklärungen dadurch heraushebt, daß es Erklärung in Schriftform (öffentlich beglaubigt oder nicht), in gewissen Worten oder nur „ausdrückliche" verlangt. Das letztere sind Erklärungen besonders deutlichen Inhalts, aus denen sich mit Sicherheit ergibt, daß sie der Erklärende selber völlig verstanden habe. Dagegen kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob eine Erklärung ausdrücklich sei (das muß jede Rechtserklärung sein), oder ob sie durch Worte oder Zeichen oder sonst wie abgegeben werde, oder ob sie nur „mittelbar" spreche, so daß ihr Inhalt erst durch Schlußfolgerungen zu ermitteln sei. 4. Die rechtlichen Erklärungen sind streng zu unterscheiden vom sonstigen Verhalten eines Menschen, in dem zwar gleichfalls eine Willensbetätigung liegt, aber nicht oder nicht mehr eine rechtliche Erklärung, die einem anderen zugedacht wäre und ihm zugehen sollte. (Der Gläubiger, der auf Bitte um Schulderlaß den Schuldschein vor den Augen seines Schuldners zerreißt, ohne weiter ein Wort zu sagen, richtet zweifellos eine entsprechende rechtliche Erklärung an den Schuldner. Der Erbe, der im Nachlasse einen vergilbten Schuldschein findet und ihn vernichtet, gibt eine solche, ihn bindende Erklärung nicht ab.) — Die Unterscheidung zwischen den rechtlichen Erklärungen und den bloßen Willensbetätigungen — erstere als Nebenart der letzteren — ist deshalb unerläßlich, weil sie verhindert, daß die Betätigung eines Menschen in seinen verschiedenen Lebenslagen, in so unendlich vielen Fällen rechtlich völlig gleichgültig, sozusagen hinterrücks gegen ihn als rechtlich bindend angenommen werde. — Wer sich auf eine solche Willensbetätigung als wirkliche Rechtserklärung berufen will, hat das zu erweisen. Die Probe wird regelmäßig dahin zu gehen haben, ob angenommen werden könne, daß sich jemand dadurch an einen anderen habe wenden und mit ihm in Rechtsbeziehung habe treten wollen. — Der Inhalt einer Erklärung, die gewisse rechtliche wirtschaftliche Zwecke verfolgt, ist nicht ein Wollen, sondern ein Sollen, nämlich, daß gewisse Rechtsfolgen eintreten sollen. (Im Anschluß an Bülows Geständnisrecht 22, 105 ff.) 5. In vielen Fällen spricht das Gesetz von einer „stillschweigenden Vereinbarung", obgleich es selbst schon die Rechtsfolge an die Umstände anknüpft §§ 612, 632, 653, 689 BGB., in anderen handelt es sich lediglich um eine richterliche Ergänzung nach § 242. Noch weniger darf die rechtliche (Sollens-) Erklärung mit den im Rechte, besonders im Versicherungsrechte vielfach vorkommenden tatsächlichen Mitteilungen oder Anzeigen verwechselt werden.

§ 117.

1. Zum Begriff des Scheingeschäfts. Gottschalk 72—86. Die Meinung, das zum Schein Erklärte sei nichtig, weil es in Wahrheit nicht gewollt sei, ist unzutreffend. Auch die Erklärungen, die abgegeben werden, um den Schein einer Rechtshandlung hervorzurufen, werden mit dem Willen des Erklärenden abgegeben. Die Nichtigkeit des Scheinvertrages hängt nicht vom Willen der Parteien ab, der Scheinvertrag ist nichtig, weil sein Inhalt falsch ist, der Wirklichkeit nicht entspricht. Der Schein muß notwendigerweise da endigen, wo das, was der Schein nur vortäuschen soll, wirklich geschieht. (Es ist mithin nicht richtig, daß die Nichtigkeit eines simulierten Kaufvertrages über ein Grundstück die Nichtigkeit der Auflassung zur Folge hätte, und daß ein Scheinurteil denkbar und möglich wäre.)

2. Zur allgemeinen Lehre von den fiduziarischen Geschäften. Wilhelm Fuchs 84. Fiduziarische Berechtigung ist keine echte, wahre Berechtigung ihrer Art. Vollberechtigt (z. B. als Eigentümer, Gläubiger) ist, wer alles Erdenkliche darf in

bezug auf den Rechtsgegenstand (Sache, Forderung) mit Ausnahme dessen, was ihm im einzelnen durch Gesetz oder Vertrag (sei es dinglichen, sei es schuldrechtlich) verboten ist. Ein Fiduziar ist hingegen einer, dem vertraglich gerade alles Erdenkliche (in bezug auf den fiduzierten Gegenstand) verboten und wenn nicht gar nichts, so doch nur ganz Bestimmtes, Begrenztes erlaubt wird. Als Rechts- insbes. Vollrechtsübertragungen angesehen, sind fiduziarische Übertragungen bloße Scheinübertragungen und mit Berufung auf die grundsätzlich anerkannte Übertragbarkeit der betr. Rechte bzw. Vollrechte nicht zu rechtfertigen. Es handelt sich um pseudonyme, d. h. unter irreführenden, technischen Bezeichnungen auftretende Rechtsgeschäfte, eine Art Scheinhandel, „Pseudoübertragungen". — Pseudonymen oder fiktiven Charakters sind auch die in fraudem legis abgeschlossenen Geschäfte, das sog. agere in fraudem legis ist nicht, wie meist angenommen wird, auf Verbotsgesetze beschränkt. — Die angebliche scharfe Unterscheidung zwischen Scheingeschäften, fiduziarischen Geschäften und gesetzumgehenden ist nicht durchzuführen, und auch nirgends wirklich durchgeführt. — Die Anerkennung fiduziarischer Übertragungen als echter Übertragungen ist gleichbedeutend mit der Anerkennung eines mit dem § 117 in Widerspruch stehenden Grundsatzes.

☞ 3. Insbesondere die Sicherungsübereignung. a) *Marck. Der Verf. sieht Sicherungsübereignung und Abtretung als auflösend bedingte Rechtsgeschäfte an. Durch Zahlung der zugrunde liegenden Schuld soll Übereignung und Abtretung nach dem Willen der Parteien von sich aus hinfällig werden. Es wird der Standpunkt der Rechtsprechung angenommen, daß die Sicherungsübereignung und Abtretung an und für sich wirksam sind. Die notwendigen Erfordernisse ihrer Begründung werden dargelegt, alsdann die Grenzen ihrer Anwendungsmöglichkeit, ihre Schwächen und Mängel aufgezeigt.

b) Gottschalk 81. Ein noch so ernstlicher Wille kann aus einem Scheinvertrage keinen gültigen Vertrag machen; dazu ist vielmehr erforderlich, daß der Vertrag die objektiven Voraussetzungen eines gültigen Vertrages erfüllt. Über die Frage, ob Kauf, ob Pfandbestellung, kann nicht der „Wille" der Parteien entscheiden, maßgebend ist allein das, was sie getan haben, d. h. der wirkliche Inhalt des Vertrages. Durch das Verlangen, ein Sicherungskauf müsse wahr, d. h. das sein, wofür er sich ausgibt, wird der redliche Verkehr nicht behindert, dem unredlichen aber die Schranke gesetzt, die zur Sicherung des gesunden Verkehrs unbedingt erforderlich ist.

c) Einzelheiten (zu vgl. Erl. zu § 930 BGB.). α. Die sog. Diskontierung von Buchforderungen. Marck 77—95. Die gesetzliche Anerkennung findet sich in § 223 BGB. Selbst Schriftsteller, die diese Stelle einschränkend auslegen und ihre Anwendung bei der Übertragung von Eigentum (an Sachen) zu Sicherungszwecken ausschließen wollen, geben unumwunden zu, daß der genannte Paragraph die Sicherungsübereignung von Forderungen zuläßt. — Der Sicherungsnehmer (Diskonteur) wird wahrer, vollberechtigter Gläubiger, der Sicherungsgeber wird in stets widerruflicher Weise Inkassomandatar mit dem Recht, in gewissem Umfang Stundung und Nachlässe zu gewähren. Zahlt der Sicherungsgeber die Schuld heim, so hört die Gläubigerstellung des Sicherungsnehmers auf, da er ja nur auflösend bedingt Berechtigter ist.

β. Der Sicherungsnehmer hat unbeschadet seines Sicherungsrechts mit dem Sicherungsgut nach dem Interesse des Sicherungsgebers zu verfahren. Jedoch besagt diese Auffassung für seine Rechtsstellung als Inhaber einer Sicherheit sowie über die besonderen Verpflichtungen, die ihm der Sicherungscharakter des Geschäfts auferlegt, nichts. Da die Sicherungsübereignung dem Oberbegriff der Sicherungsgeschäfte zu unterstellen ist, so sind unter vorsichtiger Abwägung der Rechts- und Interessenlage Rechtssätze der übrigen im Gesetz geordneten Sicherungsgeschäfte, darunter insbesondere pfandrechtliche, anzuwenden (vgl. **RG.** JW. 14, 76) 115—121. → Über schuldrechtliche Beziehungen zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer vgl. das. 121—125; über die Verwertung des Sicherungsguts 126—131; über Vollstreckung in das Sicherungsgut von seiten des Gläubigers des Sicherungsnehmers 131—134; von seiten des Gläubigers des Sicherungs-

gebers 134—139; über das Sicherungsrecht im Konkurs: Konkurs des Sicherungsnehmers 139—143. Konkurs des Sicherungsgebers 143—145. ←

4. Ist die Blankoabtretung eines Kuxes als Sicherungsübereignung aufzufassen? Werneburg 62. Auch wenn der Wille der Parteien im gegebenen Falle auf eine „Sicherungsübereignung" oder eine „fiduziarische Eigentumsübertragung" gerichtet sein sollte, so wäre die Wahl dieses Rechtsinstitutes bei der Kux-Blankozession schon aus rechtlichen und konstruktiven Gründen nicht möglich und unzulässig. Die Sicherungsübereignung oder fiduziarische Eigentumsübertragung ist eine im Gebiet des Sachenrechts vorkommende Rechtsform, eine Art der Eigentumsübertragung an Sachen unter einer von den Parteien genau festgelegten und zugrunde gelegten Zweckbestimmung. Von einer Eigentumsübertragung oder Übereignung kann aber bei Kuxen schon um deswillen nicht gesprochen werden, weil der Kux ein Recht vermögensrechtlicher Natur ist, nicht eine körperliche Sache. Als körperliche Sache kommt lediglich der Kuxschein in Betracht, so daß also die Übereignung oder fiduziarische Eigentumsübertragung sich höchstens rechtlich auf diesen Kuxschein beziehen könnte.

5. Aus der Rechtsprechung. a) Sicherungsübereignung trotz fehlender Abrede der Rückübereignung. **RG.** 1. 5. 17, R. 17 Nr. 1369. Wird zur Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks beim Abschlusse eines fiduziarischen Geschäfts die Form eines Kaufvertrages gewählt, so ergibt sich aus der fiduziarischen Natur des Geschäfts von selbst, daß nach Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner der Kaufvertrag rückgängig gemacht wird, d. h. der Kaufgegenstand dem Schuldner zurückübereignet und der Gläubiger von der Entrichtung des Kaufpreises freigestellt werden soll. Das Fehlen einer ausdrücklichen dahingehenden Abrede in einem schriftlichen Kaufvertrage mag daher geeignet sein, Zweifel zu begründen, ob nur ein fiduziarisches Geschäft oder ein wirklicher endgültiger Kauf vorliegt, kann aber nicht dazu führen, dem Vertrage, dessen fiduziarische Natur anderweit festgestellt ist, die Gültigkeit zu versagen.

b) Auflösend bedingte Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung für rechtswirksam erachtet von Hamburg 14. 7. 17, HansGZ. 17 Beibl. 277 im Anschluß an RG. SeuffA. 60, 191.

c) Verwertung nach §§ 1235 ff. Dresden 1. 2. 17, OLG. 35, 327. Die Sicherungsübereignung solle die Verpfändung ersetzen, nicht aber dem Gläubiger mehr Rechte gewähren, ihm eine freiere Stellung verschaffen als beim Pfand. — Der Senat schließt sich daher der Ansicht an, wonach der Gläubiger mangels einer besonderen Vereinbarung seine Befriedigung aus den übereigneten Gegenständen nach den Bestimmungen über den Pfandverkauf zu suchen hat (OLG. 12, 140); nach § 1241 hat er deshalb den Übereigner vom Verkauf der Gegenstände und dem Ergebnis zu benachrichtigen.

d) Übergang des Sicherungsrechts auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt. **RG.** 8. 12. 16; 89, 193, LeipzZ. 17, 389. Ihrer wirtschaftlichen Natur nach stehen Sicherungsübereignung und Verpfändung einander überaus nahe oder fallen geradezu zusammen. Auch der Fiduziar erhält das Recht nur zum Zweck seiner Sicherung eingeräumt; nur solange dieser Zweck es nötig macht, soll er es behalten. Daher darf es bei gebührender Berücksichtigung der §§ 157, 242 BGB. ohne weiteres als Wille der Beteiligten erachtet werden, daß der Gläubiger und Sicherungsnehmer das Recht auf den Bürgen, durch den er Befriedigung erhalten hat, übertragen muß und der Hauptschuldner einer solchen Übertragung im voraus zustimmt. (Im gegebenen Falle wurde daraus, daß die Übertragungspflicht eine sich von selbst verstehende Folge des Rechtsverhältnisses bildet, hergeleitet, es bedürfe das nur der Deutlichkeit halber aufgenommene ausdrückliche Übertragungsversprechen der Form des § 15 Abs. 4 GmbHG. nicht.)

e) Vgl. JDR. 15, 3, Colmar 21. 12. 15 jetzt auch ElsLothJZ. 16, 400.

6. Versteuerung von Sicherungsübereignungen. a) Mirre 43 tritt **RG.** 4. 7. 13; 83, 50 u. 29. 9. 16 ZBlfZölle 266 bei, wonach die bloße Beurkundung der dinglichen Übereignung dem nur für schuldrechtliche Veräußerungen bestimmten Stempel

der Tarifstelle 32 PrStStG. nicht unterliegt, und daß auch in der Verpflichtung des Erwerbers zur Rückübereignung für den Fall der Tilgung der sichergestellten Forderung eine Gegenleistung nicht gefunden werden kann. Verträge, die nur den Veräußerer binden, werden aber allgemein nicht als lästige Veräußerungen angesehen. (Vgl. Tarifst. 11a RStStG., Tarifst. 32 Abs. 6 PrStStG.) Vgl. JDR. 15, 7.

b) **RG.** 26. 9. 16, GruchotsBeitr. 61, 158 hält an 83, 50 fest. Eine rechtlich selbständige Gegenleistung im Sinne der Tarifstelle 32 wurde auch nicht darin gefunden, daß der Gläubiger befugt war, die übereignete Sache für Rechnung des Schuldners zu verkaufen, und den erzielten Überschuß in diesem Falle herauszugeben hatte. Die Verpflichtung des Gläubigers, sich den Erlös auf seine Forderung anrechnen zu lassen, folge ohne weiteres aus § 667 BGB. Anders lag der Fall

c) Kiel 26. 10. 16, SchlHolstAnz. 17, 66. — Wesentlich ist die Vereinbarung, wonach der Erwerber berechtigt sein soll, die Gegenstände nach seiner Wahl zu den Preisen der Anlage, bzw. zu den Fakturenpreisen an Zahlungsstatt anzunehmen oder sie bestmöglich zu veräußern und den Erlös auf seine Forderung anzurechnen. Da diese Art der Erledigung von dem Willen des Berechtigten abhängt, ist hierin ein bedingtes Kaufgeschäft zu sehen, dessen Rechtsgültigkeit Bedenken ebensowenig unterliegt wie seine Unterstellung unter die in Tarifst. 32 genannten lästigen Veräußerungsverträge.

7. Rechtspolitisches. Heilbronn, HoldheimsMSchr. 17, 82 für die Einführung eines Registerpfandrechts. Man wird von einer spezifizierten Eintragung in ein Register Abstand nehmen können und sich mit der öffentlichen Verlautbarmachung des Sicherungsvertrages, wenn er schon in unserm Kreditverkehr nicht mehr entbehrt werden kann, begnügen können. Es genügt, wenn die Gültigkeit eines Sicherungsvertrages, der von einem eingetragenen Kaufmann abgeschlossen wird, von der Einreichung zu den Firmenregisterakten abhängig gemacht wird.

§ 119.

I. Fälle des rechtsgeschäftlichen Irrtums.

1. Anfechtung der Aktienübernahme und Aktienzeichnung. Nübell 135. (Nachdem ausgeführt ist, daß die Zeichnung ein Vertrag des Zeichners mit der AG. bzw. der Aktienvorgesellschaft, vertreten durch die Gründer, auf Leistung und Entgegennahme der Beteiligung an der AG. ist.) Solange der Zeichnungsvertrag nicht erfüllt, die Beteiligung an der AG. bzw. der zu gründenden AG., die Übernahme der Aktien nicht erfolgt ist, können Zeichner wie Gründer sich auf Willensmängel jeder Art (Scherz, Schein, Irrtum, Zwang, Drohung, Betrug) klage- wie einredeweise berufen, wie bei jedem anderen zivilrechtlichen Vertrage. — (Es wird ferner gezeigt, daß dieses Anfechtungsrecht auch noch bestehen bleibt, wenn der Zeichnungsvertrag erfüllt ist.) Die Möglichkeit jeder Anfechtung, wie überhaupt die Berufung auf Willensmängel erlischt jedoch mit dem Augenblick der Eintragung der AG. bzw. der erfolgten Erhöhung (140). Ist der Gründer oder Zeichner Aktionär geworden, so würde eine Anfechtung oder eine Berufung auf Scherz oder Schein die Rückgängigmachung des Mitgliedschaftserwerbs bedeuten. Diese aber erscheint rechtlich unzulässig. Der Verlust der Mitgliedschaft tritt nur ein und kann nur eintreten in den im Gesellschaftsvertrage oder im Gesetz vorgeschriebenen Fällen. — Wegen des Schadensersatzanspruchs vgl. zu § 31, 2 BGB.

2. Irrtum beim Verkauf eines ganzen Warenlagers. Unrichtige Schätzung des Umfangs. a) München 21. 2. 17, LeipzZ. 17, 688. (Die Bekl. focht den Verkauf eines Lagers von Altmetall im ganzen an den Kl. an, weil sie angenommen hatte, daß das Lager ungefähr 40 Waggons (zu je 2000 kg) betrage, und sie danach den Kaufpreis berechnet hatte, während tatsächlich das Lager 80 Waggonladungen umfaßte. Die Klage des Käufers auf Feststellung der Rechtsgültigkeit des Vertrages wurde von LG. und OLG. zugesprochen.) Ein Irrtum i. S. des § 119 liegt nicht vor, wenn der Erklärende

das Vorhandensein einer Tatsache nur für wahrscheinlich hält und seine Annahme sich als unrichtig erweist. Die Ungewißheit, die der Erklärende hierbei von vornherein in die seiner Erklärung zugrunde liegenden Vorstellungen aufnimmt, schließt begrifflich den Irrtum aus. Sie verleiht der rechtsgeschäftl. Erklärung die besondere Eigenschaft eines gewagten Geschäfts. Hierher gehören auch die Willenserklärungen, die auf Grund von Schätzungen abgegeben werden. — Anders a) Keidel, LeipzZ. 17, 689. Wer auf Grund einer Schätzung eine Willenserklärung abgibt, rechnet damit, daß die Schätzung annähernd richtig ist. Wer aber einen Preis auf Grund einer „unbewußt unrichtigen" Schätzung bestimmt, befindet sich in einem Geschäftsirrtum i. S. des § 119 genau wie derjenige, der für eine Sache einen niedrigen Preis festsetzt, weil er ihren Stoff für minderwertig hält, während sie aus einem erheblich wertvolleren Stoffe ist.

b) **RG.** 23. 5. 17; 90, 268, JW. 17, 763 (unter Aufhebung v. München 21. 2. 17). Die Erwartung, daß das Gewicht von 40 Waggons sich später als genau richtig herausstellen würde, konnte die Bekl. nicht hegen, da die Gewichtsermittlung nur auf ihrer eigenen Schätzung beruhte und ihr die Unvollkommenheit dieser Ermittlungsart nicht entgehen konnte. Das hindert aber nicht, die Vorstellung, die sie sich vom Gewicht des Eisens gebildet hatte, innerhalb eines gewissen Spielraums als bestimmt anzusehen und bezüglich ihres Willensentschlusses anzunehmen, daß sie zum Abschlusse des Kaufgeschäfts nur durch die Überzeugung veranlaßt worden ist, die Abweichung des der Preisberechnung zugrunde gelegten Gewichts von dem wirklichen werde gewisse Grenzen nicht überschreiten. Wenn diese Vorstellung für die Bekl. zur Abgabe ihrer Willenserklärung bestimmend gewesen ist, und wenn sich dann später ihre Unrichtigkeit herausstellte, so folgt daraus ohne weiteres, daß die Bekl. sich über die wirkliche Sachlage eine unzutreffende Auffassung gebildet hat, und dadurch in ihrer Willensfreiheit beeinträchtigt worden ist. Damit ist der Begriff des Irrtums i. S. des § 119 erfüllt. — Als unhaltbar abgelehnt wird ferner die Ansicht, daß ein auf Grund einer Schätzung zustande gekommenes Geschäft den Charakter eines gewagten trage, wenngleich bei jeder Schätzung auch mit einer gewissen Abweichung des geschätzten von dem wirklichen Sachverhalt gerechnet werden müsse.

c) **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 1943. § 119 würde zutreffen bei Angaben über ein Betriebsjahr oder doch einen zur Gewinnung eines Urteils genügenden längeren Zeitraum. Anders liegt die Sache, wenn der Irrtum sich auf eine bloße Schätzung bezieht; es fehlt dann an einer Eigenschaft, über die geirrt wurde. — Wenn sich der Käufer statt auf die Angabe von Tatsachen für eine längere Zeit auf Schätzungen ohne solche Unterlagen verließ, so tat er dies auf eigene Gefahr. (Es handelte sich um Schätzungen für die Zukunft unter Zugrundelegung weniger Wochen.)

3. Irrtum über die rechtlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts. a) **RG.** 3. 6. 16, JDR. 15 IV 1, jetzt auch 88, 278. b) Der Standpunkt zu a) aufrecht erhalten **RG.** 21. 10. 16; 89, 29, wo es sich um die Frage handelte, ob der Eigentümer eine Eintragungsbewilligung wegen Irrtums anfechten kann, weil er geglaubt hatte, es stehe bereits eine Hypothek auf dem Grundstück eingetragen und die Hypothek werde daher die zweite Stelle erhalten, während tatsächlich das Grundstück unbelastet war. Die wesentliche Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung besteht gerade darin, daß durch sie die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten, also ein rechtlicher Erfolg, erstrebt wird. Bildet dieser Erfolg einen Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, so gehört er zum Inhalt der Erklärung. Daher liegt, wenn es sich nicht lediglich so verhält, daß ein rechtsirrtumfrei erklärtes und gewolltes Rechtsgeschäft außer der mit seiner Vornahme erstrebten Rechtswirkung noch andere, nicht erkannte und gewollte Rechtswirkungen hervorbringt[1]), sondern infolge irriger Vorstellung früherer Geschehnisse ein Rechtsgeschäft erstrebt ist, das nicht die mit seiner Vornahme erstrebte, son-

[1]) Vgl. **RG.** 51, 281, aufrecht erhalten **RG.** 28. 9. 17, HansGZ. 17 Beibl. 296, LeipzZ. 17, 1325.

dern, weil die Geschehnisse in Wirklichkeit nicht eingetreten waren, eine davon wesentlich verschiedene Rechtswirkung, die nicht gewollt ist, hervorbringt, ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vor. (Es wurde daher ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung als vorliegend angenommen, jedoch die Anfechtbarkeit verneint, weil die weitere Voraussetzung, daß der Eigentümer bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde, zu verneinen war.)

4. Irrtum über die Verpflichtung zur Zubuße beim Kauf von Kuxen. **RG.** 5. 1. 17, BankA. 16, 247. Nach den Essen-Düsseldorfer Börsengebräuchen gehen beim Handel mit Kuxen Zubußen, welche am Tage des Geschäftsabschlusses oder später fällig sind, auf den Käufer über, der sie dem Verkäufer erstatten muß, wenn dieser infolge von nichtrechtzeitiger Umschreibung der Kuxe von der Gewerkschaft zur Zahlung herangezogen worden ist. Durch die Unterwerfung unter diesen Börsenbrauch hat der Bekl. der Kl. gegenüber die Verpflichtung übernommen, Zubußen, die auf die Kuxe eingefordert werden würden, unabhängig davon zu tragen, ob ihm der Weg der Befreiung von der Zahlungspflicht gegenüber der Gewerkschaft durch Anheimstellung der Kuxe offenstehen würde. Bei dieser Gestaltung der Rechtsverhältnisse kann von einer Anfechtung der Geschäfte aus § 119 ebensowenig wie von einer Wandlung nach §§ 459, 462 oder einem Rücktritt gemäß § 446 Abs. 2, 326 BGB. die Rede sein.

5. *Josef, ThürBl. 64, 139. § 119 ist sinngemäß auch auf behördliche Anordnungen z. B. die Vorstandsbestellung nach § 29 BGB. anzuwenden. Die irrtümliche Anordnung ist also nicht nichtig, sondern bleibt gültig, bis das Gericht den Irrtum durch erneute Bek. an den Beteiligten berichtigt. Die in § 121 vorgeschriebene Pflicht zur unverzüglichen Richtigstellung des Irrtums besteht für das Gericht hierbei nicht.

II. Insbesondere zur Auslegung des Abs. 2.

A. 1. Zum Begriff der persönlichen Eigenschaften i. S. des § 119 Abs. 2. **RG.** 20. 6. 17; 90, 342, JW. 17, 965, LeipzZ. 17, 1173. Es handelte sich um ein auf längere Dauer berechnetes Rechtsgeschäft, das Vertrauen auf die Bereitwilligkeit des Kl., die übernommenen Verpflichtungen (zur Fertigstellung der ersteigerten Häuser nach Ausbietung der Hypotheken des Bekl.) freiwillig, gewissenhaft, vollständig und ohne Weiterungen zu erfüllen, voraussetzte. RG. billigte die Ausführung des BG., bei derartigen, sich nicht sofort abwickelnden Geschäften werde ein verständiger Mensch größere Anforderungen an die Eigenschaften insbesondere die Vertrauenswürdigkeit des Vertragsgegners stellen und dazu nach der Verkehrsanschauung berechtigt sein. Es wird die erheblich mehr zurückhaltende Stellung dargelegt, die das RG. bei der Frage der persönlichen Unzuverlässigkeit oder Vertrauensunwürdigkeit gegenüber dem Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Käufers eingenommen hat. (Vgl. 66, 389 einerseits, **RG.** 62, 284, JW. 06, 131; 12, 25, WarnE. 09, 2 andererseits.)

2. Kreditwürdigkeit. **RG.** 12. 12. 16, HoldheimsMSchr. 17, 217. Es ist nicht anzuerkennen und in solcher Allgemeinheit vom RG. niemals ausgesprochen worden, daß der Verkäufer erheblicher Warenmengen, der dem Käufer eine gewisse Frist zur Bezahlung des Kaufpreises eingeräumt hat, sich über die Zahlungsfähigkeit des Käufers in einem nach § 119 beachtlichen Irrtum befunden haben müsse, wenn ein verständiger und vorsichtiger Kaufmann bei Kenntnis der wirklichen Vermögens- und Kreditverhältnisse des Käufers diesem so erhebliche Werte nicht anvertraut hätte. Das RG. hat einen solchen Irrtum höchstens dann angenommen, wenn der Kreditnehmer sich zur Zeit des Vertragsschlusses in Verhältnissen befand, unter denen die Forderung des Kreditgebers tatsächlich gefährdet war, wenn also in diesem Zeitpunkte die Vermögenslage des Kreditnehmers nicht zu der Erwartung berechtigte, daß er seine Verbindlichkeiten werde erfüllen können. Vgl. JDR. 15, II 1b, Hamburg 4. 4. 16 jetzt auch OLG. 35, 293.

3. Minderwertigkeit eines Arbeiters. GewG. Frankfurt a. M. 13. 3. 16, Gew.- uKaufmG. 23, 79. Auch bei Leistungen unter dem Durchschnitt ist noch nicht die Anfech-

tungsmöglichkeit wegen Irrtums gegeben, sondern erst dann, wenn von einem wirklichen Unvermögen ordnungsmäßigen Arbeitens gesprochen werden kann.

4. Kann eine Willenserklärung auch wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften dritter Personen angefochten werden? Flad 1 zeigt zunächst, daß die Frage vom Standpunkt der Gesetzesverfasser zwar zu verneinen, der in Abs. 2 enthaltene Rechtsgrundsatz aber nach Maßgabe des Zweckes der Gesetzesvorschrift und des Zusammenhanges mit den übrigen Vorschriften zur Geltung zu bringen ist. Sodann werden folgende Sätze begründet: a) Der Eigenschaftsirrtum kann die Anfechtung begründen nicht nur nach Maßgabe des § 119 Abs. 2, sondern auch nach Abs. 1, nämlich dann, wenn die vorausgesetzte Eigenschaft mit zum Inhalte der Willenserklärung geworden ist, zum sachlichen Tatbestande des Rechtsgeschäftes gehört: solchenfalls ist die Anfechtung begründet, sofern anzunehmen ist, daß der Irrende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben habe würde, ohne daß es außerdem darauf ankäme, ob die Eigenschaft, über die der Irrtum bestand, im Verkehr als wesentlich angesehen wird (9). b) Die Grenzziehung zwischen dem Irrtum über den Inhalt des Rechtsgeschäfts (Abs. 1) und dem Irrtum in den Beweggründen (Abs. 2) beruht nicht auf begrifflichen, logischen Notwendigkeiten, sondern ist positiver Natur: die Wahrung der Verkehrssicherheit, die Abwägung der Interessenlage des Irrenden und des Erklärungsempfängers gegeneinander hat zur Aufstellung des Unterschiedes geführt — dafür, daß dem Irrenden der im übrigen für geboten erachtete Schutz nur deshalb versagt bleiben sollte, weil Träger der Eigenschaften, über die der Erklärende geirrt hat, nicht der Geschäftsgegner ist, läßt die ratio legis nichts erkennen (15).

B. Irrtum über Sacheigenschaften.

1. Begriff der Sache i. S. des § 119 Abs. 2. Pr. OVG. 22. 9. 15, OLG. 34, 4. Das RG. hat wiederholt (vgl. 73, 136) ausgesprochen, daß unter Sachen i. S. des § 119 Abs. 2 wie im § 90 BGB. nur körperliche Gegenstände, nicht auch Rechte (z. B. aus dem Meistgebote) zu verstehen seien. Zutreffend führt dagegen Planck (BGB. § 119 Nr. 6 *a*) aus, es sei kein innerer Grund dafür erkennbar, daß das BGB. von der Anfechtung wegen Irrtums Rechte ausgenommen hätte. — Fällt aber die Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot und das ihr zugrunde liegende Geschäft unter § 119 Abs. 2, so liegt ein Irrtum in dem Gegenstande des Geschäfts vor, wenn der Irrtum das Grundstück betrifft; denn das Geschäft wird wesentlich durch die Beschaffenheit des Grundstücks beeinflußt. (Vgl. JW. 11, 533.)

Anders Rostock 6. 12. 16, MecklZ. 35, 240. Es fragt sich, ob der Kl. die selbstschuldnerische Übernahme der auf dem Grundstücke ruhenden Grundschulden bzw. Hypotheken wegen Irrtums über die infolge Kündigung eingetretene Fälligkeit von Grundschulden (oder Hypotheken) oder über die Rückständigkeit von Grundschuldzinsen anfechten kann. Das ist zu verneinen, weil Grundschulden und Hypotheken nicht zu den Sachen i. S. des § 119 Abs. 2 zu rechnen sind (§ 90 BGB.) und deshalb § 119 Abs. 2 nicht anwendbar ist. (Im Anschluß an **RG.** 73, 136, GruchotsBeitr. 54, 141, JW. 09, 48.)

2. Zum Begriffe der Sacheigenschaften i. S. des § 119 Abs. 2. Rostock 6. 12. 16, MecklZ. 35, 241 (vgl. Nr. 1). Zwar ist es richtig, daß unter den Begriff der Eigenschaften einer Sache i. S. des § 119 Abs. 2 nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften fallen, sondern auch tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse der Sache wenn sie zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen. Zu den Eigenschaften eines Grundstücks sind aber, wie **RG.** 25. 11. 08, JW. 09, 48 ausgeführt hat, tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse, welche nur die auf dem Grundstücke lastenden Grundschulden oder Hypotheken betreffen, nicht zu rechnen, so daß z. B. Irrtum über die Unkündbarkeit derselben oder die Unkenntnis der Tatsachen, daß einzelne der Grundschulden bereits gekündigt sind, nicht zur Anfechtung berechtigen.

III. Irrtum im Beweggrund. Fälle, in denen er den Inhalt der Willenserklärung betrifft.

1. Irrtum über die Angemessenheit der eigenen Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung. **RG.** 15. 12. 16, JW. 17, 214, R. 17 Nr. 758. (Der Bekl. hatte eingewendet, daß er sich über die Menge und den Wert der von der Kl. nach dem abgeänderten Bauplane zu leistenden Materialien und Arbeiten geirrt, diesen Irrtum die Kl. in ihm arglistig hervorgerufen und ihndadurch geschädigt habe.) Der vom Bekl. behauptete Irrtum betrifft nicht den Inhalt der Willenserklärung, auch nicht wesentliche Eigenschaften einer Person oder Sache. Es handelt sich vielmehr um einen Irrtum über die Angemessenheit der Leistung des Bekl. im Verhältnis zur Gegenleistung der Kl., also um einen Irrtum im Beweggrunde. (Arglistige Täuschung wurde für nicht nachgewiesen erachtet.) — Vgl. auch JDR. 15 III 1, Hamburg 22. 10. 15 jetzt auch OLG. 34, 42.

2. Anfechtung einer Hinterlegungserklärung wegen Irrtums über die Höhe der Schuld. Dresden 5. 10. 15, OLG. 34, 8. Kl. hatte als Erbe für die Gläubiger 53000 M. hinterlegt, indem er bemerkte, daß von den den Gläubigern an sich gebührenden 60000 M. 1000 M. Kosten und 6000 M. Vermächtnissteuer abzuziehen wären und er demgemäß 53000 M. hinterlege. Die Einstellung der Steuer von 10 anstatt 15% beruhte auf einem Irrtum. Wenn man vielleicht auch hier von einem bloßen Irrtum im Beweggrund sprechen kann, erscheint ein solcher doch ausreichend, eine Anfechtung der Erklärung zu begründen, weil er zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Kl. gemacht worden ist.

3. Irrtum des Verkäufers über das Eigentum der verkauften Sache kein Irrtum im Beweggrund. Breslau 14. 12. 16, BreslauAK. 17, 17. Unstreitig war der Bekl. bei Abschluß des Kaufvertrages nicht mehr Eigentümer der verkauften Pferde. Das Eigentum war dadurch auf K. übergegangen, daß die Ehefrau des Bekl. als seine Bevollmächtigte über den Preis von 3600 M. mit K. einig geworden war und ihm die Pferde übergeben hatte. — Das ihm nach seiner irrtümlichen Vorstellung zustehende Eigentum an den beiden Pferden wollte der Bekl. auf den Kl. gegen Entgelt übertragen. — Er würde diese Erklärung nicht abgegeben haben, wenn er gewußt hätte, daß die Pferde schon an K. übereignet worden waren, denn das diesem zustehende Eigentum wollte er dem Kl. nicht verschaffen. — Der Irrtum des Bekl. stellt sich also nicht als ein solcher im Beweggrunde dar, sondern er betrifft den Inhalt der Willenserklärung.

4. Kein Irrtum im Beweggrund, wenn der Verkäufer das Pfund Garn für 2,25 M. verkaufen wollte und statt Pfund Kilo schrieb. Hamburg 1. 2. 17, OLG. 35, 292.

5. Irrtümliche Ausnützung eines erkennbaren Irrtums im Beweggrunde. Hamburg 5. 10. 16, HansGZ. 17 Hptbl. 42. (Die Bekl. hatte dem Kl. im Schlußschein irrtümlich ein Zahlungsziel bewilligt, obwohl er bei der Verhandlung mit ihrem Vertreter Barzahlung zugesichert hatte und ihm deswegen besonders niedrige Preise zugestanden worden waren. Der Kl. hatte das Versehen der Bekl. erkannt.) Wer sich wider Treu und Glauben oder gar unter Verstoß gegen die guten Sitten einen erkennbaren Irrtum des Vertragsgegners zunutze macht, kann für den so gewonnenen Vorteil richterlichen Schutz nicht beanspruchen.

IV. Geltendmachung des Irrtums. **RG.** 17. 2. 17, R. 17 Nr. 759, WarnE. 17, 369. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amts wegen zu erörtern, ob eine auf Anfechtung wegen Arglist gestützte Klage nicht etwa infolge der Anfechtung auf Irrtum gegründet werden könnte, wobei schon der Unterschied der Fristen für die Anfechtung aus dem einen oder dem anderen Grunde von Bedeutung sein könnte. Es ist vielmehr die Sache der Partei, im Rechtsstreite sich auf den Irrtum zu berufen. Vgl. JDR. 15 zu § 121, 1.

V. Nichtigkeit eines Vertrages wegen Irrtums. Gottschalk 5—70 untersucht, ob Verträge wegen Irrtums nichtig sein können, und gelangt zu dem Ergebnis, daß ein Vertrag nur nichtig sein kann, wenn die lex contractus falsch ist, daß dagegen, wenn

die lex contractus richtig, d. h. der Wirklichkeit entsprechend bestimmt ist, ein Vertrag niemals um deswillen nichtig ist, weil eine Partei oder beide infolge eines Irrtums die Zustimmung zu der lex contractus gegeben haben. 87—122 wird die römische Irrtumslehre klargestellt und gezeigt, daß die eigentliche Irrtumslehre mit der Vertragslehre, d. h. mit der Frage, wann ein Vertrag zustande gekommen ist, wann nicht, und mit der Frage, wann ein Vertrag nach § 119 wegen Irrtums angefochten werden kann, nichts zu tun hat und die Regeln über die eigentliche Bedeutung des Irrtums im BGB. dort versteckt sind, wo vom Irrtum nicht die Rede ist.

§ 123.

I. Arglistige Täuschung.

1. Zur Frage des arglistigen Verschweigens durch unterlassene Belehrung. a) **RG.** 5. 1. 17, BankA. 16, 247. (Kuxenverkäufer war ein Bankgeschäft, Käufer ein rechtskundiger, in Kuxen spekulierender und in einem mit Kuxen handelnden Bankhause tätiger Syndikus. Es handelte sich um die Zubußenverhältnisse.) Wenn der Bekl. auch dem Anwaltsberufe fremd geworden war, so war er doch immerhin rechtskundig. Da er in Kuxen schon spekuliert hatte und zur Entrichtung von Zubußen schon hinzugezogen worden war, so lag es ferner nahe, daß er sich auf neue Ankäufe von Kuxen nicht einlassen werde, ohne sich über das Vorliegen eines Zubußenbeschlusses der in Frage kommenden Gewerkschaft und über die einschlagenden Bestimmungen der Satzung zu unterrichten. Die Kl. durfte um so mehr hiermit rechnen, als für den Bekl. die Erkundigung hierüber durch seine Tätigkeit in einem Bankhause, das sich mit Kuxenhandel befaßte, erleichtert war, und als seine früheren Ankäufe zum Teil auch schon Alicenhall-Kuxe betroffen hatten. Im Hinblick auf die Verkehrsauffassung und den Grundsatz von Treu und Glauben erscheint es daher nicht rechtsirrig, wenn das BG. eine Verpflichtung der Kl. zur Mitteilung verneint und den Vorwurf des arglistigen Verschweigens als unhaltbar ansieht.

b) **RG.** 5. 5. 16, WarnE. 17, 10. Bloßes Verschweigen ist als Tatbestandsmerkmal ausreichend, wenn der andere Teil nach den gegebenen Verhältnissen die Mitteilung der verschwiegenen Tatsache erwarten durfte. Der eine Tatsache Verschweigende muß sich also dessen bewußt gewesen sein, daß er den Gegner zu einer Willenserklärung bestimme, die dieser bei Kenntnis des verschwiegenen Umstandes nicht abgegeben hätte. (**RG.** 62, 150; 77, 314. — Im gegebenen Falle war festgestellt, der Vertreter der Bekl. sei sich dessen bewußt gewesen, daß die Kl. die den Verdacht des Betriebes gewerbsmäßiger Unzucht in der Wohnung begründenden Tatsachen nicht gekannt habe, und ferner er sei sich auch dessen bewußt gewesen, daß er einen Umstand verschweige, der für die Entschließung der Kl. zum Abschlusse des Mietvertrages von Bedeutung sei.) Vgl. JDR. 14, 3ab, 15A 2a.

2. Verschweigen der Absicht des einen Teils, den Vertrag nicht zu erfüllen. Bittinger 75 wendet sich gegen **RG.** 48, 282. (Das bloße Verschweigen dieser Absicht begründe keinen Betrug, da regelmäßig die Ursächlichkeit für die Entschließung des Vertragsgegners fehle. Vgl. aber auch 70, 427.) Die nicht aus dem Wesen des Rechtsanspruchs, sondern aus der Erfahrung abgeleitete Regel geht dahin, daß grundsätzlich ein Vertrag nicht abgeschlossen würde, wenn der eine Vertragsteil wüßte, daß der andere von vornherein den Willen hat, nicht zu erfüllen.

3. Offenbarungspflicht bei Vergleichsverhandlungen. **RG.** 27. 2. 17, R. 17 Nr. 760. Die Annahme einer Rechtspflicht einer Partei, alles, was ihr etwa an betrügerischen Handlungen und Absichten zur Last fiel, bei den Vergleichsverhandlungen zu offenbaren, wäre unvereinbar mit dem Wesen des Vergleichs und dem Zwecke, der bei Vergleichsverhandlungen verfolgt wird.

4. Absichtliche Irreführung des Vertragsgegners. Unterschied zwischen arglistiger Täuschung und Verstoß gegen die guten Sitten. **RG.** 18. 5. 17, WarnE. 17, 311. Behauptet war, die Bekl. habe durch ihren Geschäftsführer die Verträge

absichtlich formularmäßig so dunkel und irreführend abgefaßt, daß die Vertragsgegner die wirtschaftliche Bedeutung ihrer Verpflichtung nicht hätten erkennen können, während sie von den Reisenden der Bekl. in dieser Beziehung nicht nur nicht aufgeklärt, sondern wie die Bekl. gewußt habe, planmäßig durch unwahre Vorspiegelungen der Absatzmöglichkeit irregeführt seien. — Zwar würden die behaupteten Tatsachen nicht die Verträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 nichtig machen. Der nach der Behauptung der Kl. unsittliche Zweck der Verträge wäre lediglich von der einen Vertragspartei, der Bekl. ohne Kenntnis der Kl. zur Zeit des Abschlusses verfolgt (**RG.** 78, 353). Wohl aber sind die von der Kl. behaupteten Tatsachen geeignet, die Anfechtbarkeit der Verträge wegen arglistiger Täuschung zu begründen.

5. Wer ist „Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2. **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 1945 verneint die Anwendbarkeit der Grundsätze **RG.** 72, 133 in einem Falle, in dem es sich nur um eine dem Vertragsschluß voraufgehende, kaum schon als Vorbereitungshandlung zu bezeichnende Tätigkeit, nämlich die Herstellung von Rentabilitätsrechnungen, handelte.

6. Besondere Fälle. a) Anfechtung der Anerkennung der unehelichen Vaterschaft wegen arglistiger Täuschung. München 6. 6. 17, JW. 17, 744, OLG. 35, 291. Es kann zugegeben werden, daß die in **RG.** 12. 3. 14 (vgl. JDR. 13, 2 f) gewählte Formulierung zu weit geht und das Vorliegen einer arglistigen Täuschung insbesondere nicht davon abhängig gemacht werden kann, daß der Täuschende eigene selbständige Behauptungen aufstellt oder falsche Beweismittel vorführt. Andererseits kann aber die bloße Tatsache, daß die Kindesmutter von ihrem Geschlechtsverkehr mit anderen Personen dem als Kindesvater in Anspruch genommenen Manne keine Mitteilung macht, nicht als arglistige Täuschung i. S. des § 123 erachtet werden. Daß die Kindesmutter auf Vorhalt den anderweitigen Geschlechtsverkehr in Abrede gestellt habe, fordert auch Bamberg 26. 2. 15 (JDR. 14, I 3c) als Voraussetzung der Anfechtbarkeit; auch in dem von Stuttgart 7. 12. 11, OLG. 24, 55 entschiedenen Falle hatte die Mutter auf Befragen des Kl. in Abrede gestellt, mit anderen Männern verkehrt zu haben. (Im gegebenen Falle hatte sich die Mutter vollständig passiv verhalten und lediglich unterlassen, vor der maßgebenden Verhandlung dem Kl. oder dem Vormundschaftsgericht von dem anderweitigen Verkehr Mitteilung zu machen.)

b) Anfechtung des Beitritts eines Mitglieds wegen arglistiger Täuschung über seinen Gesundheitszustand durch eine Ersatzkasse nach § 503 der RVO. Hamburg 20. 6. 17, HansGZ. 17 Beibl. 244. Die in § 4 der Satzungen vorgesehene Möglichkeit des Ausschlusses eines Mitgliedes ist ein Ausfluß des sozialen Versicherungsrechtes, dem die Kasse als Ersatzkasse angehört. Daneben kommt aber ihre Eigenschaft als Verein auf Gegenseitigkeit in Betracht, die der Kasse, wie ihren Mitgliedern weitergehend die dem bürgerlichen Privatrecht angehörenden Individualrechte gewährleistet. Wie demnach ihr Mitglied gegebenenfalls in der Lage wäre, seinen Beitritt wegen Irrtums oder Täuschung anzufechten, steht auch der Bekl. ungeachtet der gedachten Satzungsbestimmung das Recht zur Anfechtung des Beitritts ihres Mitgliedes zu. Vgl. § 10 des RG. betr. Aufhebung der Hilfskassen v. 20. 12. 11 in Verb. mit § 22 VersVertrG.

c) Täuschung über mehrere Punkte. Hamburg 11. 7. 16, OLG. 34, 9. Wird wegen einer Reihe arglistiger Täuschungen angefochten, deren jede geeignet ist, zur Aufhebung des Vertrags zu führen, so muß auch jede dieser Täuschungen die Ersatzpflicht des Täuschenden oder des sich an der Täuschung Beteiligenden zur Folge haben.

7. Karlsruhe 17. 5. 16, BadRpr. 17, 33 über die Frage, inwieweit beim Vertragsabschluß das Verschweigen von Tatumständen eine zum Schadensersatz verpflichtende arglistige Täuschung enthält. Ein bloßes Verschweigen kann den Tatbestand der unerlaubten Handlung, sei es nach § 826, sei es nach § 823 Abs. 2 BGB. (vgl. StrGB. § 263) nur dann begründen, wenn das Schweigen den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht, der andere Teil nach den Verkehrsanschauungen und unter den gegebenen Umständen die erhebliche Mitteilung erwarten durfte. (Im gegebenen Falle verneint,

da der am Abschluß des Mietsvertrages unbeteiligten Bekl. nicht angesonnen werden konnte, unbefragt den Kl. auf die Mittellosigkeit ihrer Mutter aufmerksam zu machen.) (Zu vgl. auch 5b zu § 826.)

8. Stillschweigender Verzicht auf Ansprüche aus arglistiger Täuschung. **RG.** 30. 6. 17, LeipzZ. 17, 1171. Die Verzichtserklärung bedarf keiner besonderen Form; um zu einem wirksamen Verzicht zu werden, bedarf sie allerdings der Annahme von seiten des Schuldners (**RG.** 72, 171); diese kann aber auch stillschweigend erklärt werden (was vorliegend dadurch geschehen war, daß die Kl. sich dem Bekl. gegenüber auf den Verzicht berief).

II. Drohung.

1. Zum Begriff der widerrechtlichen Drohung. a) **RG.** 8. 2. 17, JW. 17, 459, PosMSchr. 17, 4. Das BG. hat ausgeführt, man könne die Drohung mit Konkurs und Strafanzeige nach den Anschauungen des Verkehrs überhaupt nicht als widerrechtlich ansehen. — Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Ausführungen in solcher Allgemeinheit selbst für die Fälle zutreffend, in denen der Gläubiger, bzw. der durch die Straftat Geschädigte die Drohung gegen den Schuldner bzw. den Schädiger ausspricht. Richtet sich aber die Drohung gegen einen Dritten, um diesen in Furcht zu setzen und ihm eine Willenserklärung abzuzwingen, auf die der Drohende kein Recht hat, — so liegt regelmäßig eine widerrechtliche Bestimmung durch Drohung vor.

b) **RG.** 16. 5. 17, LeipzZ. 17, 1137, R. 17 Nr. 1769, WarnE. 17, 264. Eine Widerrechtlichkeit i. S. des § 123 Abs. 1 ist nicht nur dann gegeben, wenn das Mittel der Drohung an sich widerrechtlich ist. Sie kann auch darin begründet sein, daß die Drohung zur Erlangung einer Leistung, auf die ein Rechtsanspruch nicht besteht, insbes. eines von der Rechtsordnung mißbilligten Zweckes ausgenützt wird (JW. 02, 286; 06, 82; 13, 638, GruchotsBeitr. 57, 908, WarnE. 11, 258). Im gegebenen Falle hatte der Ehemann den vor Erlassung des Scheidungsurteils geschlossenen Unterhaltsvertrag unter der Behauptung angefochten, er habe unter dem Zwange der Drohung seiner Schwiegermutter gehandelt, daß diese sonst wegen eines fälligen Darlehens gegen ihn mit Zwangsvollstreckung vorgehen würde. RG. hielt dies im Gegensatz zum KG. für erheblich.

2. Verhältnis der Anfechtung wegen Drohung zur Geltendmachung wegen Verstoßes gegen § 138. **RG.** 23. 5. 17, JW. 17, 897, LeipzZ. 17, 1129, R. 17 Nr. 1563, WarnE. 17, 365. § 138 BGB. ist anwendbar, wenn es sich nicht lediglich um außerhalb des Geschäftsinhalts liegende subjektive Momente handelt, die nur eine Anfechtbarkeit wegen widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 begründen würden, sondern darüber hinaus nach Inhalt und Zweck auch subjektive Momente vorliegen, welche das Geschäft, auch wenn es durch widerrechtliche Drohung zustande gekommen ist, als nichtig wegen Verstoßes gegen die guten Sitten erscheinen lassen. Vgl. **RG.** 23. 10. 08, JW. 08, 710 und Landsberg, JW. 17, 897 Anm. 1.

III. Zum Begriff der Kenntnis i. S. des Abs. 2. München 28. 3. 17, OLG. 35, 295. (Der Antragsteller, der das Armenrecht für die Klage auf Nichtigkeit eines Bierlieferungsvertrages nachsuchte, hatte in einer anderen Streitsache Beweis für die den Anfechtungsanspruch begründende Tatsache angeboten, daß die Brauerei das Bier an andere Wirte billiger geliefert habe. Der Antrag wurde wegen Fristablauf zurückgewiesen.) Zur Kenntniserlangung nach § 124 genügt, daß der Getäuschte so ausreichend von den die Anfechtung begründenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat, daß er in den Stand gesetzt ist, mit bestimmten Behauptungen aufzutreten. Die Ansicht, daß erst die Bestätigung der behaupteten Tatsachen durch die benannten Zeugen die Annahme der Kenntnis ermöglicht, würde dazu führen, daß der Ablauf der Frist vorerst überhaupt ausgeschlossen wäre.

§ 125.

1. Die Nichtigkeit einer Urkunde hebt ihre Eigenschaft als Urkunde i. S. von § 274 Nr. 1 StrGB. nicht auf. **RG.** (Straff.) 12. 1. 17, SächsRpflA. 17, 172.

Auch eine aus irgendwelchen Rechtsgründen, sei es nach § 105 oder § 125 BGB. oder §§ 116ff. in Verb. mit § 142 nichtige Erklärung bleibt eine an sich für den Rechtsverkehr geeignete und bestimmte Erklärung und ihre Verkörperung eine Urkunde.

2. Vortäuschung der Gültigkeit eines nach § 125 nichtigen Vertrages. Reichel*, GruchotsBeitr. 61, 548ff. Der Kontrahent, der dem Vertragsgegner Gültigkeit des nichtigen (z. B. formnichtigen) Vertrages vortäuscht, haftet diesem nicht auf das positive, sondern auf das negative Vertragsinteresse; das negative Interesse findet jedoch am positiven sein Maximum, 557. Unter Widerruf von Reichel, AZivPr. 104, 48.

§ 126.

1. Unterschrift in Abwesenheit des Vertragsgegners. **RG.** 3. 4. 17, GruchotsBeitr. 61, 774, R. 17 Nr. 1374. Unterschreibt jemand die ihm von seinem Vertragsgegner zugegangene, mit dessen Unterschrift versehene Vertragsurkunde in dessen Abwesenheit, so ist dieses Unterschreiben regelmäßig noch nicht als dem Gegner gegenüber erfolgt anzusehen, insbesondere dann nicht, wenn er dem Gegner nicht einmal Kunde von der vollzogenen Unterschrift gibt, vielmehr die begehrte Zurückgabe gerade deshalb unterläßt, weil er noch Abänderungen erstreben will. Es handelt sich solchenfalls um nichts anderes, als um ein schriftl. Angebot, das der (schriftl.) Annahme bedarf und dessen Annahme dem Antragenden gegenüber zu erklären ist, sofern nicht eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende darauf verzichtet hat (§ 151 BGB.).

2. Gültigkeit einer Blankoabtretung insbesondere von Kuxen. Werneburg, HoldheimsMSchr. 17, 58. Die Frage, ob die Bestimmung des § 126 über die schriftliche Form auch bei einer Blankoabtretungsurkunde gewahrt ist, ist zu bejahen. Dies schon um deswillen, weil nach der herrschenden Meinung auch mit einer Blankounterschrift dem Erfordernis des § 126 entsprochen wird. Dies entspricht auch genau dem Wortlaut des § 126. (Bekämpft wird **RG.** 63, 234, wonach eine Blankoabtretung jedenfalls da unwirksam ist, wo die Schriftform allein oder in Verbindung mit einer Tatsache unmittelbar einen dinglichen Rechtsübergang zur Folge hat.)

3. Auslegung der Klausel „eigenhändig mit seiner Namensunterschrift" in den Bedingungen eines Abonnentenversicherungsvertrages. Hamburg 14. 2. 17, HansGZ. 17 Beibl. 157, SeuffA. 72, 177. (Es wird **RG.** 74, 69 beigetreten und ausgeführt:) Es kommt aber auch abgesehen hiervon bei der Beurteilung der Frage, was die Parteien unter den obigen Worten verstanden haben, bzw. in welchem Sinne der verstorbene Ehemann der Kl. jene Worte auffassen durfte, wesentlich in Betracht, welcher Bevölkerungsklasse der Verstorbene angehörte und für welche Schichten der Bevölkerung das von der Bekl. herausgegebene Blatt bestimmt ist. Es zeigt nun schon der geringe Abonnementsbetrag von nur 50 Pf. pro Monat, daß das Blatt wesentlich für die niederen, meist ungebildeten oder halbgebildeten Kreise und zwar insbesondere für die handarbeitende Klasse bestimmt ist. — Wenn nun die Bekl., welche ihre Abonnenten vorzugsweise in diesen Kreisen sucht, die Vorschrift aufstellt: „Die Quittung ist vom Abonnenten sofort nach Empfang eigenhändig mit seiner Namensunterschrift zu versehen", so mußte sie als verständiger Mensch damit rechnen, daß in sehr vielen Fällen diese Unterschrift von der Hand der Frau geleistet werden würde.

4. Replik der Arglist gegenüber dem Einwande der mangelnden Schriftform. KG. 4. 12. 16, LeipzZ. 17, 761. Grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß die Berufung auf den Mangel der vorgeschriebenen Form keine Arglist darstellt. Dies könnte nur unter zwei Voraussetzungen der Fall sein. 1. Wenn nur durch Verschulden der einen Partei die schriftliche Abfassung des Vertrages unterblieben ist. In diesem Falle liegt in dem späteren Berufen auf den Mangel der Form ein Handeln wider Treu und Glauben (z. B. die eine Partei war zur Schriftabfassung bereit, die andere erklärte dies für unnötig). 2. In der Berufung auf die Schriftform würde ferner dann eine Arglist zu finden sein,

wenn eine Partei von vornherein absichtlich die gebotene Schriftabfassung verhindert hätte, um sich später gegebenenfalls auf deren Mangel berufen zu können. (Beide Fälle wurden verneint, insbesondere zu 1, weil von der Schriftlichkeit nicht Abstand genommen, sondern gerade Übersendung des schriftlichen Vertrages an den Kl. vereinbart wurde.) Vgl. **RG.** 15. 11. 07, GruchotsBeitr. 52, 1044, WarnE. 08, 33, bestätigt durch **RG.** 5. 5. 17, R. 17 Nr. 1556, WarnE. 17, 268.

§ 127.

1. Handschriftliche Abänderungen von Formularbedingungen. **RG.** 1. 12. 16, R. 17 Nr. 164. Daß die Bestimmung nicht versehentlich in dem Formular stehen gelassen ist, ergibt sich daraus, daß sie durch einen schriftlichen Zusatz erweitert wurde. Dies beweist, daß die Parteien sich mit dem Inhalte der Bestimmung beschäftigt und ihre Geltung überlegterweise in der Gestalt, die sie ihr geben, gewollt haben. Vgl. auch **RG.** 15. 5. 17, LeipzZ. 17, 1048, R. 17 Nr. 1781. Wenn in einem gedruckten Vertragsformular etwas geändert wird, wird damit aller Wahrscheinlichkeit nach eine sachliche Änderung des Inhalts bezweckt.

2. Seeschiffbauverträge. Wüstendörfer 110. Die Verkehrssitte und ihr folgend der normale Parteiwille sehen in dem Austausch von Bauvertragsschreiben und Bestätigungsschreiben keine nachträgliche Schaffung eines bloßen Beweismittels, sondern die für den Abschluß des Vertrages entscheidende Handlung („Abschlußbrief"). Es ist die privatschriftliche Form des Briefwechsels (§ 127 BGB.), von deren Einhaltung das Zustandekommen des Bauvertrages nach der Verkehrsauffassung abhängt. Vgl. auch zu § 154, 2.

§ 128.

Gültigkeit der gemeinschaftlichen Vertretung der Vertragsparteien bei der notariellen Beurkundung des Vertrages durch den Bureauvorsteher des Bekl. Hamburg 7. 12. 16, HansGZ. 17 Beibl. 89, SeuffA. 72, 212. — Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht verliert nicht dadurch den Charakter einer Vertretung im Willen, daß sie auf ein Rechtsgeschäft mit genau bestimmtem Inhalt beschränkt ist. — Nach §§ 166, 164, 181, 168, 167 ist es zweifellos zulässig, daß zwei Parteien, die miteinander einen der notariellen Beurkundung bedürftigen Vertrag schließen wollen, sich formlos über alle Einzelheiten des beabsichtigten Vertragsverhältnisses verständigen und alsdann beide eine dritte Person, etwa einen Angestellten des Notars, mündlich oder schriftlich beauftragen oder ermächtigen, vor dem Notar den Austausch der dem Vertragsentwurf entsprechenden Willenserklärungen zu vollziehen. (Es wird ausgeführt, daß der Zweck des Gesetzes, durch persönliche Aussprache vor dem Notar sich über die Bedeutung des Unternehmens völlig klar zu werden, nicht selbst Gesetz geworden sei, und vorliegend in tatsächlicher Bezeichnung verneint, daß die Aufgabe des Bevollmächtigten nur in einer Anzeige der bereits erfolgten Vertragsvollziehung zum Zwecke der Verbriefung lediglich dieser Tatsache bestanden habe.)

§ 129.

Ersatzform für die öffentliche Beglaubigung für Kriegsgefangene (vgl. § 2 der BRVO. v. 8. 3. 17 über die freiw. Gerichtsbarkeit und andere Rechtsangelegenheiten in Heer und Marine (RGBl. 185)). Es genügt die Feststellung der Echtheit einer Unterschrift durch zwei andere kriegsgefangene deutsche Militärpersonen, die wenigstens im Range eines Unteroffiziers stehen müssen. Hierzu Dronke, JW. 17, 501.

§ 130.

1. Zum Begriff des Zugehens einer schriftlichen Willenserklärung. Posen 18. 6. 17, OLG. 35, 296, PosMSchr. 17, 60. Unter „zugegangen" i. S. des § 130 ist bei schriftlich abgegebenen Willenserklärungen zu verstehen, daß sie tatsächlich in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt sind. Zwar können Vermutungen eintreten,

nach denen eine schriftl. Willenserklärung als zugegangen gilt, z. B., wenn sie in die Hände eines Angestellten, eines Hausgenossen gelangt, z. B. in einen zur Aufnahme von schriftl. Willenserklärungen bestimmten Briefkasten geworfen ist. Bedient sich die Partei aber nicht des gewöhnlichen Postweges, sondern schickt sie einen Brief „eingeschrieben", so unterwirft sie sich damit den besonderen für die Beförderung solcher Briefe geltenden Bestimmungen, wonach der Brief nur an den Adressaten, seinen Bevollmächtigten und an ein erwachsenes Familienmitglied abgegeben werden darf (**RG.** 56, 262).

2. Geltung für beide Teile. **RG.** 5. 12. 16, R. 17 Nr. 971. War die Kündigung berechtigt, so war sie in dem Zeitpunkte, in dem sie der Bekl. zuging, wirksam geworden, und daran konnte der Umstand nichts ändern, daß die Bekl. die Kündigung für unberechtigt hielt und ihr widersprach. (Der Kündigende wurde daher an seiner Erklärung festgehalten.)

§ 132.

Keine Zustellung von Anfechtungsankündigungen im Auslande durch Vermittlung des Gerichts nach §§ 199, 202 ZPO. LG. Nürnberg 12. 5. 17, JW. 17, 821. Die Gesetzesbestimmung kennt nur eine Zustellung durch „Vermittlung eines Gerichtsvollziehers"; die Vorschriften über Zustellung im Auslande (§ 199 ZPO.) kommen folgerichtig im Falle des § 132 überhaupt nicht in Betracht, weil bei diesen Zustellungen der Gerichtsvollzieher nicht tätig wird und werden kann.

§ 133.

1. Maßgebender Sprachgebrauch der Beteiligten. **RG.** 30. 4. 17, LeipzZ. 17, 918, R. 17 Nr. 1559. Für die Auslegung von Rechtsgeschäften ist anerkannt, daß, wenn die sämtlichen an dem Rechtsgeschäft beteiligten Personen das letztere in einer bestimmten Art auslegten und verstanden und ihm dadurch einen bestimmten Inhalt und Sinn gegeben haben, dieser maßgebend ist, mag er auch vom Wortlaut weit abweichen, sofern sich nur der von ihnen gewollte Inhalt noch irgendwie mit dem Wortlaute des verlautbarten Geschäfts vereinigen läßt.

2. Begrenzung der Auslegungsregel für Verträge unter Abwesenden und dingliche Verträge. **RG.** 30. 4. 17, HansGZ. 17 Beibl. 301. Der Grundsatz, daß der Vertragswille der Beteiligten maßgebend ist und bleibt für den Inhalt des Rechtsgeschäfts, mag er auch in der Urkunde darüber nur einen sehr unvollkommenen Ausdruck gefunden haben, gilt der Natur der Sache nach nicht für Geschäfte, durch die dritte Personen gebunden werden sollen, die an der Vereinbarung nicht teilgenommen haben, insbesondere nicht für Rechtsgeschäfte und Verträge, wodurch dingliche Verpflichtungen begründet werden sollen. Wie schon bei Verträgen, die unter Abwesenden geschlossen werden, jener Satz nicht gilt, weil hier Treu und Glauben im Verkehr eine klare, unzweideutige Erklärung fordern, so ist auch für den dingliche Rechte begründenden Vertrag der Inhalt des dinglichen Rechts so auszulegen, wie ihn jeder der dinglich Verpflichteten aus der Vertragsurkunde entnehmen muß.

3. Zeugenbeweis über eine bestimmte Vertragsauslegung. a) **RG.** 22. 9. 16, R. 17 Nr. 866. Der Antrag auf Vernehmung des Zeugen R. durfte nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Police sei völlig klar und es könne nicht behauptet werden und werde nicht behauptet, daß etwas anderes abgemacht sei, als was in der Police steht. Soweit es zur Auslegung des Versicherungsvertrags dienen konnte, durfte auf die dem schriftlichen Vertragsabschluß vorangegangenen, ihn vorbereitenden mündlichen Verhandlungen zurückgegangen und für deren Gang und Inhalt das Zeugnis des Agenten, mit dem die Verhandlungen stattgehatten, angerufen werden. Vgl. auch **RG.** 4. 5. 17, LeipzZ. 17, 1049.

b) **RG.** 24. 10. 16, R. 17 Nr. 82. Es genügte nicht, daß die Kl. unter Benennung irgendwelcher Personen einen bestimmten Sinn des Erklärten behauptete, sondern sie hätte im einzelnen die Tatsachen angeben und unter Beweis stellen müssen, die den Schluß

auf die von ihr behauptete Parteiabsicht rechtfertigten. Vgl. über die Vernehmung des Verf. eines Vertrages als Zeugen über dessen Auslegung auch **RG.** 23. 2. 17, R. 17 Nr. 774.

4. Auslegung gegen den klaren Wortlaut abgelehnt von **RG.** 3. 5. 17, LeipzZ. 17, 919, WarnE. 17, 451. Der Wortlaut der Urkunde (Bürgschaftsurkunde) enthält von einer zeitlichen Begrenzung nichts, und lediglich für sich genommen ergibt er für solche keinerlei Anhaltspunkte. Der Ausspruch des OLG. stellt daher insoweit einen Rechtsverstoß gegen § 133 dar, indem die vorliegende Erklärung ihrem Wortlaute nach so klar und ihrer Bedeutung nach in dem in Rede stehenden Punkte so zweifelsfrei ist, daß sie überhaupt nicht auslegungsfähig erscheint.

5. Auslegung einer Rücktrittserklärung. **RG.** 6. 2. 17, LeipzZ. 17, 457. Die Kl. hatte dem Bekl. in ihrem Briefe erklärt, daß sie wegen der beharrlichen Ausschließung des Geschäftsführers H. von der Geschäftsführung seitens des Bekl. vom Vertrage zurücktrete und Schadensersatz verlangen werde. Die Revision meint, daß damit die Kl. unzweideutig ihren Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage erklärt habe und deshalb der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen sei. Von einer unzweideutigen Erklärung des Rücktritts, d. h. einer rückwärts wirkenden Auflösung des Gesellschaftsvertrages kann aber schon deshalb nicht die Rede sein, weil gleichzeitig und als Folge des „Rücktritts" die Erklärung abgegeben ist, daß die Kl. Schadensersatz fordern werde. Deshalb und weil ein Rücktritt mit rückwirkender Kraft (§ 326 BGB.) bei zur Ausführung gebrachten Gesellschaften rechtlich unzulässig ist, durfte das OLG. ohne Verletzung der §§ 133, 157 BGB. annehmen, daß der Erklärung der Kl. vernünftigerweise die Bedeutung beizulegen sei, das Gesellschaftsverhältnis solle fortan aufhören, die Kl. trete für die Zukunft zurück, d. h. sie kündige die Gesellschaft.

§ 134.

1. Abtretung einer nach § 850 ZPO. unpfändbaren Forderung. **RG.** 30. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 301, R. 17 Nr. 29. Die Vorschrift, daß eine Forderung nicht abgetreten werden kann, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist, dient in gleicher Weise wie die Vorschriften des § 850 ZPO. dem Schutze des Gläubigers. Es sollen ihm zwecks Erhaltung seiner Existenzmöglichkeit gewisse Forderungen oder Teile von solchen als unveräußerliche Vermögensbestandteile sowohl gegen unfreiwillige als auch gegen freiwillige, durch Notlage oder Leichtsinn veranlaßte Veräußerungen gesichert werden. Aus diesem zugleich dem öffentlichen Interesse dienenden Zwecke ergibt sich, daß das im § 400 BGB. ausgesprochene Verbot für den Gläubiger zwingend, daher eine dagegen verstoßende Abtretung gemäß § 134 nichtig und nicht nur anfechtbar ist. Vgl. auch zu § 850 ZPO.

2. Ausländische Ausfuhrverbote. **RG.** 22. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 460, HoldheimsMSchr. 17, 93, LeipzZ. 17, 388, R. 17, 118. § 134 findet auf ausländische Gesetze nicht grundsätzlich Anwendung. Vielmehr ist, wenn es sich um Rechtsgeschäfte, die dem deutschen Rechte unterstehen, handelt, im Einzelfalle zu prüfen, welche Bedeutung nach der deutschen Rechtsordnung dem fremden Verbote zukommt. Hier (es handelte sich um ein schwedisches Ausfuhrverbot für Leinöl) ist es aber nicht zweifelhaft, daß die durch den Krieg veranlaßten und wider die deutschen Interessen gerichteten Ausfuhrverbote fremder Staaten von den deutschen Gerichten nicht zu schützen sind.

3. Über die rechtliche Bedeutung der in den Kriegsverordnungen enthaltenen Verbote im allgemeinen und die Würdigung der einzelnen Fälle. Silberschmidt, BankA. 16, 397 u. 417, insbesondere über Teilverbote 420. Verbote liegen auch vor in jenen Fällen, in denen, wie häufig, bei Strafe der Verkauf, der Absatz nur an eine gewisse juristische Persönlichkeit, nur durch gewisse Personen, Abgabe und Entnahme nur gegen eine Karte gestattet ist, der Kauf nur bei gewissen Personen erfolgen darf, vor allem aber der Verkauf nur mit Genehmigung der juristischen Person erlaubt wird oder z. B. feindliches Vermögen nur mit Genehmigung des Reichskanzlers, bzw. nunmehr des Treuhänders für das feindliche Vermögen veräußert, abgetreten oder be-

lastet werden kann. Hier liegen Verbote vor, gegenüber allen anderen Personen als dem Ausnahmefall Rechtsgeschäfte vorzunehmen. — Es kann nicht zweifelhaft sein, daß es sich hier um ein gesetzliches Veräußerungsverbot zugunsten einer bestimmten Person oder ein ihm nach § 136 gleichstehendes gerichtliches oder ähnliches Veräußerungsverbot nicht handelt. Nur zum Schutze des Gesamtheit ist die Verfügung erlassen, und die einzeln genannten Persönlichkeiten haben nur die Rechte der Gesamtheit zu wahren. Hiernach trifft zweifellos § 134 zu. Die Nichtigkeit folgt daraus aber nur, falls dieser Wille aus dem Gesetze zu entnehmen ist, und das ist im Einzelfalle zu prüfen.

4. Rechtliche Natur der Kriegsbeschlagnahme. a) Isay 174. In allen Fällen der Kriegsbeschlagnahme handelt es sich um den Zweck, die gemeinwirtschaftliche usw. Verwaltung der Rohstoffe, Lebensmittel, sowie sonstiger Erzeugnisse sicherzustellen. Als Mittel erscheint ein staatliches Aneignungs- oder Verfügungsverbot, durch welches eine Beschränkung privater Rechte oder Befugnisse begründet wird. Das Wesen ihrer Beschränkung besteht in einer allgemeinen Minderung der individuellen Freiheitssphäre durch das zur Erreichung des Zweckes der Beschlagnahme erlassene Verbot, liegt in der Veränderung des öffentlichen Rechts, nicht in der Schaffung oder Änderung privatrechtlicher Beziehungen.

b) Hartmann 151. Die durch die Beschlagnahme dem Inhaber auferlegten Pflichten sind nur Folgen eines Grundverhältnisses, das darauf beruht, daß an der Sache selbst durch den obrigkeitlichen Akt der Beschlagnahme ein beschränktes staatliches Herrschaftsrecht begründet worden ist. Auf der Sache ruht während der Sperre die Beschränkung der Unveräußerlichkeit und Unveränderlichkeit.

c) Nord 716. Das Rechtsverhältnis des „Beschlags" (der Ausdruck ist vorzuziehen, da „Beschlagnahme" mehr auf den Eintritt, den Beginn und nicht auf den Zustand, das Dauernde hindeutet), wird in allen wesentlichen Punkten richtig gekennzeichnet, wenn man es als amtsähnliches betrachtet. Der Eigentümer steht ähnlich einem Beamten. Bei seinen Rechten und Pflichten nach der öffentlichen und der privaten Seite ist diese Ähnlichkeit im Auge zu behalten. Seine Pflichten stehen im Vordergrunde. Überschreitung hat öffentliche Strafe zur Folge wie bei Amtsdelikten. Auch kann sein Geldanspruch dadurch vereitelt werden. Erfüllt er seine Pflichten, so hat er einen aus dem öffentlichrechtlichen Tatbestand folgenden zivilrechtlichen Geldanspruch. Es verbleiben ihm gewisse private Rechte.

5. Überschreitung von Höchstpreisen. (Vgl. IDR. 15, 5c.) a) Oertmann, IW. 17, 254 untersucht kritisch die vier Ansichten, die sich gegenüberstehen. Nach der einen ist das den Höchstpreis überschreitende Geschäft privatrechtlich vollwirksam, nach der zweiten ist es relativ unwirksam i. S. von § 135 BGB.; nach der dritten ist es absolut unwirksam oder nichtig; nach der vierten wird der Preisüberschuß auf den Betrag des Höchstpreises herabgesetzt (**RG.** 19. 5. 16; 88, 250; vgl. zu b). Die letztere Ansicht wird im Ergebnis gebilligt unter Hinweis auf § 655 BGB. Die ermäßigende Umänderung eines Vertragsinhalts unter sonstiger Aufrechterhaltung des Vertrages ist, wie § 655 beweist, nichts Unerhörtes, mit den Grundsätzen unseres geltenden Rechts Unvereinbares. Wir dürfen sie daher auch wohl als Folge einer Übertretung der Höchstpreisvorschriften wenigstens unter der Bedingung anerkennen, daß den Zwecken dieser Vorschriften eine derartige Regelung am besten entspreche. Ist das der Fall, so steht auch § 134 nicht entgegen, der ja eine völlige Nichtigkeit nicht zwingend vorschreibt, sondern eine abweichende Sonderauslegung des einzelnen Verbotsgesetzes zuläßt. Daß aber die reichsgerichtliche Behandlung des höchstpreiswidrigen Geschäfts die rechtspolitisch empfehlenswerteste sei, erscheint zweifellos. (Wird ausgeführt und besonders aus dem Zwecke des Gesetzes, dem Verbraucher die Anschaffungen zu erleichtern, hergeleitet.)

Ebenso Oertmann, GesuR. 18, 513, Plum, IW. 17, 951, Raydt 42, Silberschmidt 418, Starke 69. Vgl. auch Blum, DIZ. 17, 549 und Reichel, LeipzZ. 17, 654; Kriegsbuch 3, 157; 4, 760; 5, 149.

b) Aus der Rechtsprechung. **RG.** 15. 12. 16, DJZ. 17, 237, WarnE. 17, 51 hält an der Entsch. 16. 5. 16; 88, 251 (JDR. 15, 5c β, jetzt auch SeuffA. 72, 73) fest, daß sich aus dem Höchstpreisgesetz ergebe, daß ein Verstoß gegen dieses das betreffende Rechtsgeschäft noch nicht zu einem nichtigen mache. Ebenso **RG.** 5. 12. 16; 89, 196 (vgl. zu § 138) und Celle 27. 2. 17, LeipzZ. 17, 822, Darmstadt, HessRspr. 17, 63. Anders Dresden 25. 9. 16, SeuffA. 72, 1 und Kiel 17. 6. 16, SeuffA. 72, 41 — JDR. 15, 5c γ u. d.

6. Übermäßige Preissteigerung. (BRVO. v. 23. 7. 15, RGBl. 467.) a) Für unbedingte Nichtigkeit des Geschäfts Bovensiepen, DJZ. 17, 606, Rosenthal 17 (ebenso Hachenburg, DJZ. 15, 855 und Knipschaar, DJZ. 15, 1089); für entsprechende Anwendung der Grundsätze **RG.** 88, 250, Lehmann, Wucher 27, Menner, JW. 17, 32 (ebenso Lesser, JW. 16, 1328, Bondi, RuW. 5, 267). Mathießen 1290 verneint die Nichtigkeit sowohl nach § 134, wie nach § 138, aber auch die unmittelbare Anwendbarkeit der für Höchstpreisverletzungen geltenden Grundsätze und unterstellt es der Wahl des Käufers, ob er auf Grund § 823 Abs. 2 BGB. Herabsetzung des Kaufpreises als Schadensersatz verlangt. Vgl. auch Kriegsbuch 2, 189ff.; 4, 766; 5, 184.

b) Aus der Rechtspr. Hamburg 23. 4. 17, HansGZ. 17 Hauptbl. 175, R. 17 Nr. 220. Wenn sich das Verbot des Strafgesetzes, wie hier, nur gegen die Handlungsweise des einen Vertragsteils, nämlich des Verkäufers richtet, so läßt sich nicht sagen, daß das Geschäft selbst gegen das Gesetz verstößt. Vgl. auch Nr. 10.

7. Kastellanvertrag. **RG.** 24. 4. 17, BayRpflZ. 17, 220, JW. 17, 654, LeipzZ. 17, 970, R. 17 Nr. 974. Die Nichtigkeit des Kastellanvertrages beruht nicht auf § 138, sondern auf § 134, und dieser erklärt nicht etwa nur zur Umgehung des Gesetzes geschlossene Geschäfte, sondern auch — sogar in erster Linie — solche, die offen und unmittelbar gegen das Verbotsgesetz verstoßen, für unwirksam. Es genügt also, daß der nach den §§ 30, 147 Nr. 1 GewO. unerlaubte Wirtschaftsbetrieb zum Gegenstande des Vertrags gemacht ist, daß der Vertrag nach seinem Inhalte gegen das Verbotsgesetz verstößt. Die früheren Entsch. des RG. (39, 267; 63, 145; 67, 323; 84, 305, GruchotsBeitr. 50, 919, JW. 12, 456, WarnE. 1, 276; 2, 421) betreffen zwar meist Fälle, in denen der Pächter zum Schein zum Stellvertreter bestellt ist, erklären dies aber nicht zur Voraussetzung für die Nichtigkeit des Vertrages.

8. Krankenkassenverträge. **RG.** 16. 3. 17; 90, 39, JW. 17, 595, LeipzZ. 17, 1350 hält an **RG.** 23. 4. 15; 86, 371 (JDR, 14, 7) fest, wonach freie Kassenvereinigungen ohne die nach § 414 Satz 2 RVO. erforderliche allgemeine Genehmigung rechtswirksame Verträge mit Ärzten nicht eingehen dürfen und ohne solche Genehmigung der einzelne mit dem Arzte abgeschlossene Vertrag verboten und nichtig ist. Wenn schon Vereinigungen, die den allgemeinen Zwecken der Krankenhilfe dienen (§ 407 RVO.), zur Übernahme der fraglichen Aufgaben einer Genehmigung bedürfen, muß dies erst recht gelten, wenn sich Vereinigungen gerade nur für einen solchen Zweck bilden. (Hervorgehoben wird gegenüber mißverständlichen Auslegungen von **RG.** 23. 4. 15, daß es der Genehmigung lediglich für die Übernahme der Aufgabe, gemeinsam Arztverträge vorzubreiten und abzuschließen, nicht für den einzelnen Vertrag bedarf.)

9. Innungsrecht. GG. Freiburg i. B. 20. 10. 166, GewuKfmG. 22, 122. Der Beschluß einer Zwangsinnung betr. Gewährung einer Kriegsteuerungszulage an alle bei ihren Mitgliedern beschäftigen Arbeiter verstößt nicht gegen § 100q GO. und ist bindend. Der § 100q GO. verbietet den Zwangsinnungen nur, ihren Mitgliedern durch Innungsbeschlüsse irgendwelche Beschränkungen in ihren geschäftlichen Maßnahmen der Kundschaft gegenüber aufzuerlegen, keinesfalls aber, mit der berufenen Vertretung der Gesellen eine Vereinbarung über Lohnsätze, Arbeitsbedingungen usw. zu treffen. — Dagegen Schäfer, GewuKfmG. 22, 162. Aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Verbots der Regelung der Lohnverhältnisse zwischen Innungsmitgliedern und ihren Gesellen darf nicht umgekehrt die Zulässigkeit des Eingriffs in die Lohnverhältnisse durch Beschlüsse der Innungsversammlung gefolgert werden.

10. Verkehr mit Futtermitteln. Nichtigkeit eines Kaufgeschäfts, das gegen die BRVO. v. 31. 3. 15 (RGBl. 195) verstößt, angenommen von Kiel 8. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 148 unter Darlegung der Verschiedenheit dieser Bestimmungen von den Höchstpreisverordnungen.

11. Rechtsgeschäfte gegen die BRVO. über den Zahlungsverkehr mit mit dem Ausland v. 8. 2. 17 (RGBl. 105). Meyer, JW. 17, 431. In der Verordnung heißt es überall, daß die in Frage kommenden Rechtsgeschäfte nicht vorgenommen werden „dürfen". Dieser Ausdruck für sich allein beweist noch nicht die Nichtigkeit der trotz des Verbots vorgenommenen Geschäfte. Zu prüfen ist, ob das öffentliche Interesse durch die Zuwiderhandlungen gefährdet ist. — Das Rechtsgeschäft als solches, nicht nur die Teilhandlung des einen Vertragschließenden muß unter Strafe gestellt werden (**RG.** 60, 273). (Wird bejaht.)

§ 135.

1. Abgrenzung der rechtsgeschäftlichen, gesetzlichen und behördlichen Verfügungsbeschränkungen (wichtig wegen der verschiedenartigen Regelung). Fuchs* 185. Wirken Gesetz und Rechtsgeschäft (Ehe) oder Gesetz und gerichtliche Anordnung (Konkurs) zusammen, so entscheidet der Rechtsgrund, der die unmittelbare Quelle bildet (causa proxima).

Ist die Verfügungsbeschränkung, das Verfügungsverbot durch das Gesetz normiert, so wird man sie unter die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen zu zählen haben, wenn es sich auch um die gesetzlichen Wirkungen eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes oder einer gerichtlichen Anordnung handelt. Deshalb sind die Verfügungsbeschränkungen der Ehefrau, des Erben bei Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung, des bedingt oder befristet Berechtigten, des Kridars, gesetzliche, nicht rechtsgeschäftliche, weil sie durch das Gesetz normiert sind. Dabei ist es gleichgültig, ob die Eheleute im gesetzlichen oder vertraglichen Güterstande leben, wenn nur die Verfügungsbeschränkungen gesetzlich normiert sind. Sind die Verfügungsbeschränkungen unmittelbar durch Rechtsgeschäft (Sonderabkommen) begründet, so handelt es sich um rechtsgeschäftliche, auch wenn sie einen im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehegatten betreffen.

2. Wirkung eines im Wege einer einstweiligen Verfügung erlassenen, eine Briefhypothek betreffenden Veräußerungsverbots. **RG.** 20. 6. 17: 90, 335. Zur entspr. Anwendung i. S. des § 135 Abs. 2 BGB. ist zu erfordern, daß es sich um eine Vorschrift handelt, die sich auf gleiche Gegenstände wie die von einer Verfügung i. S. des § 135 Abs. 1 betroffenen bezieht, und die ferner einen solchen Rechtserwerb von einem Nichtberechtigten betrifft, dessen Rechtsgrund gleichgeartet ist dem Rechtsgrund für das durch eine Verfügung i. S. des § 135 Abs. 1 erlangte Recht. Für den Rechtserwerb an einer Hypothek kommen in dieser Hinsicht nur die Vorschriften des § 892 BGB. in Betracht. Diese beziehen sich aber lediglich auf einen solchen Rechtserwerb, dessen Rechtsgrund ein Rechtsgeschäft ist, nicht dagegen auf einen Rechtserwerb im Wege der Zwangsvollstreckung. (Die Kl. konnte sich daher für die Wirksamkeit der für sie bewirkten Pfändung und Überweisung von drei Briefhypotheken nicht darauf berufen, daß das gegen die Hypothekengläubigerin zugunsten des Bekl. erlassene Veräußerungsverbot zur Zeit der Pfändung nicht im Grundbuch eingetragen und ihr auch nicht bekannt gewesen sei.)

3. Rechtliche Natur der Sonderrücklage zur Sicherung der Kriegsgewinnsteuer (§ 8 des Ges. v. 24. 12. 15, RGBl. 837). Michaelis 414. Die Vorschrift, welche die Sonderrücklage für die Kriegsgewinnsteuer der freien Verfügung der Gesellschaften entzieht, ist zu dem ausgesprochenen Zwecke hinzugefügt worden, um die Zweifel zu beseitigen, welche darüber bestehen könnten, ob nicht ohne sie die Verpfändung der für die Sonderrücklage anzuschaffenden Wertpapiere zulässig sein würde. Die Bestimmung hat jedoch eine über diesen Zweck hinausgehende Bedeutung. Eine Verfügung über die Wertpapiere ist nicht nur in einer Verpfändung, sondern auch in einer Veräußerung enthalten, und die Bestimmung bedeutet deshalb ein Veräußerungsverbot i. S. des § 135,

das nur den Schutz einer bestimmten Person, nämlich des Reichsfiskus bezüglich der für ihn etwa durch das beabsichtigte Kriegsgewinnsteuergesetz entstehenden Steuerforderung, bezweckt. Vgl. Kriegsbuch 2, 256ff.; 3, 302ff.; 5, 299.

§ 138.

Inhaltsübersicht.

A. Abs. 1. I. Allgemeine Grundsätze zur Auslegung des Abs. 1. 1. Zum Begriff der guten Sitten. Die Revisionsfähigkeit. 2. Allgemeine Arglisteinrede a) gegen eine Gehaltsforderung, b) gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit einer Verpflichtungserklärung. 3. Nichtigkeit anfechtbarer Geschäfte.

II. Besondere Fälle des Abs. 1. 1. Abfindungssumme. 2. Ärzteverträge. 3. Ausländerverträge. 4. Ausnutzung eines wirtschaftlich Schwachen. 5. Bordellbetrieb. 6. Bürgschaftsübernahme. 7. Darlehen. 8. Ehescheidung. 9. Ehrenwort. 10. Elternrecht. 11. Gehaltsherabsetzung. 12. Höchstpreisüberschreitung. 13. Honorarversprechen. 14. Kartellvereinbarungen. 15. Kindesannahme. 16. Knebelverträge. 17. Kriegswohlfahrtspflege. 18. Lohnklauseln. 19. Mäklergebühr. 20. Mietsklauseln. 21. Pensionskassensatzung. 22. Postkartenvertrieb. 23. Privatakkord. 24. Reversverpflichtungen. 25. Schenkungen. 26. Schmuggelverträge. 27. Schwindelfirma. 28. Schutzverträge. 29. Sicherungsübereignungen. 30. Strafklauseln. 31. Feststellung der Unehelichkeit. 32. „Verhältnis". 33. Verlagsverträge. 34. Zweitausendmarkverträge.

B. Abs. 2. Wucher. I. 1. Wucher als Verstoß gegen die guten Sitten. 2. Nichtigkeit des Wuchergeschäfts gegen den Willen des Bewucherten. II. Besondere Fälle. 1. Gesellschaftsauseinandersetzung. 2. Inkassovertrag. 3. Prozeßvergleich. 4. Kriegswucher. 5. Spionagebetrug.

C. Gemeinsame Grundsätze für Abs. 1 u. 2.

A. Abs. 1. I. Allgemeine Grundsätze zur Auslegung des Abs. 1.

1. Zum Begriff der guten Sitten. Die Revisionsfähigkeit. Salinger 4. a) Stellt man die Frage, ob die vorgenommene Handlung lediglich nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen und das Bewußtsein des Handelnden von der Sittenwidrigkeit seines Tuns nicht in Betracht zu ziehen ist, so sollte ein Zweifel über ihre Bejahung nicht bestehen können (72, 176; 79, 23, JW. 10, 18; 12, 538).

b) So wenig es angängig ist, die subjektive Auffassung des Handelnden über das, was den guten Sitten entspricht oder widerspricht, entscheiden zu lassen, so wenig darf der Umstand als unerheblich angesehen werden, daß der Handelnde in der Verfolgung seines erlaubten Interesses überzeugt war, rechtmäßig so handeln zu dürfen. Andererseits aber würde es wiederum verkehrt sein, den Rechtsgrundsatz aufzustellen oder es auch nur als Regel hinzustellen, daß eine Handlung, welche in der Betätigung eines erlaubten Interesses in dieser Überzeugung vorgenommen wird, keinen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen könne. — Es ist stets der Gesamtcharakter der Handlung in ihrer objektiven und subjektiven Komplexität in Betracht zu ziehen (56, 231; 63, 350, JW. 04, 92; 06, 454; 11, 99). — Welche Bedeutung der subjektive Tatbestand hat, muß ebenso wie die Bedeutung des objektiven der Beurteilung des Gerichts in jedem einzelnen Falle überlassen bleiben. Das ist keine Rechts- sondern eine Tatfrage.

c) Es wird gezeigt, daß eine tatsächliche Feststellung dessen, was als Anschauung aller billig und gerecht „Denkenden", oder der „Volksanschauungen" oder der „herrschenden moralischen Anschauungen" u. dgl. anzusehen ist, weder erfolgt noch erfolgen kann. Es bleibt daher nur übrig, die eigene moralische Auffassung des Richters entscheiden zu lassen. — Das eigene sittliche Empfinden des entscheidenden Gerichts enthält seiner Natur nach einen objektiven und einen subjektiven Bestandteil. Der Richter ist als Mensch und Volksgenosse von selbst beherrscht von den ethischen Anschauungen der Menschheit, seines Volks und seiner Zeit.

d) Auf Grund der hier vertretenen Auffassung ist die Frage, ob die zur Beurteilung stehende Handlung auf Grund der vom BG. festgestellten oder unstreitigen Tatsachen einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält oder nicht, keine vom Revisionsgericht nachzuprüfende Rechtsfrage. Die Gerichte sprechen lediglich ein in ihr Gewissen gestelltes, nicht

juristisches, sondern moralisches Urteil, eine freie, der Revision nicht zugängliche Überzeugung aus. — Selbstverständlich sind auch bei dieser Behandlung der Frage Rechtsverletzungen möglich. Es kann gegen den Rechtsgrundsatz verstoßen sein, daß der Gesamtcharakter der Handlung ins Auge zu fassen ist. Es können objektive oder subjektive Umstände nicht berücksichtigt sein, die möglicherweise zu einer anderen Beurteilung der streitigen Handlung führen konnten. Es sind hier also die gleichen Rechtsverletzungen wie bei einer Beweiswürdigung oder sonstigen tatsächlichen Feststellung möglich. — Hiergegen wendet sich Fuchs, JW. 504; 633, der dem Schlußergebnis Salingers: „Eine Rechtsfrage, welche nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen ist, ist eine contradictio in adjecto" den Satz gegenüberstellt: „Eine Rechtsfrage, die im gesamten Gebiet des relativen Rechts in jedem echten, also nicht grob eindeutigen Prozeß nicht nach den Umständen des einzelnen Falles, sondern abstrakt zu beurteilen ist, ist ein Hirngespinst."

2. Allgemeine Arglisteinrede (zu vgl. auch 5 zu § 826). a) Gegen eine Gehaltsforderung. *α*. **RG.** 17. 11. 16; 89, 104. (Nachdem gegen den Kl. die Einleitung des Disziplinarverfahrens und die Suspension vom Amte verfügt worden, wurde er wegen Urkundenfälschung verurteilt und demnächst ohne Pension aus dem Amte entlassen. Die Klage forderte die auf Grund der Suspension einbehaltene Gehaltshälfte mit der Begründung, daß die Suspension mangels richtiger Zustellung an den damals geisteskranken Kl. rechtsungültig gewesen sei. Das BG. wies die Klage ab, indem es die Zustellung zwar für rechtsungültig erachtete, die Entsch. aber auf **RG.** 85, 108ff., 117ff. (vgl. JDR. 13 zu § 157 III 4) stützte. RG. verwarf den letzteren Grund und führte im übrigen aus, daß die Suspension zu ihrer Rechtsgültigkeit der Zustellung nicht bedurfte.) In **RG.** 85, 117ff. handelte es sich um eine unerlaubte Handlung des Bediensteten (Arbeiters, Beamten), welche unmittelbar einen Vermögensschaden des Dienstherrn (Arbeitgebers, Staates) bezweckte und erzielte (Diebstahl, Unterschlagung, Untreue, Sachbeschädigung; Zollhinterziehung); und dort handelte es sich darum, ob der Bedienstete trotz seiner so gearteten unerlaubten Handlung die ihm aus geleisteten Diensten an sich als Gegenleistung zustehende Vergütung (Lohn, Gehalt) von dem durch ihn selbst derart geschädigten Dienstherrn fordern konnte. Hier aber richtete sich die strafbare Handlung des Kl. nicht gegen den Bekl., sondern gegen die Ortskrankenkasse, und hier steht die Deckung eines dem Bekl. durch den Kl. zugefügten Vermögensschadens durch die einbehaltene Gehaltshälfte nicht in Frage.

β. Gegen **RG.** 85, 108 Eckstein, LeipzZ. 17, 450. Die Entsch. wird im Ergebnisse bekämpft, die Auslegungsart nach dem Zwecke des Gesetzes an sich gebilligt.

b) Gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit einer Verpflichtungserklärung. **RG.** 2. 2. 17, JW. 17, 460, GruchotsBeitr. 61, 622, WarnE. 17, 199. (Der Bekl. hatte selbstschuldnerische Bürgschaft für außergerichtliche Vergleichsquoten übernommen und sich durch Urkunde v. 28. 3. 13 verpflichtet, falls diese am nächsten Tage gezahlt würden, sein bisheriges Guthaben an den Schuldner so lange zu stunden, bis die Forderungen der zahlenden Bank bezahlt würden. Die Bürgschaft war nichtig, weil Nebenvertrag zu einer nichtigen, zwischen dem Schuldner und der Kl. geschlossenen Sicherungsübereignung. Als der Bekl. seine Forderung ausgeklagt und Waren des Schuldners gepfändet hatte, erhob die Kl. auf Grund der Urkunde v. 28. 3. 13 Klage auf Freigabe und Unterlassung der Zwangsvollstreckung, die zugesprochen wurde.) Gemäß der bisherigen Entwicklung der Rechtsanschauung läßt sich ohne Bedenken sagen, daß zur Rechtfertigung der Einrede der Arglist, auch gegenüber der absoluten Wirkung der eingetretenen Nichtigkeit eines Vertrages, ein Verhalten der Gegenpartei genügt, das gegen Treu und Glauben, und, sei es auch nur objektiv, gegen die guten Sitten verstößt (**RG.** 58, 428; 71, 435; 76, 354; 78, 354; 85, 120; 86, 192, 323; 87, 282; JW. 16, 180; 390). Ein solcher Fall ist hier gegeben. Mit der Last, die der Bekl. durch seine Stundungserklärung übernahm, war für ihn der Vorteil verbunden, daß die von der Kl. zu veranlassende und tatsächlich veranlaßte Zahlung der Vergleichsquote ihm die Aussicht verschaffte, seine Gehaltsforderung

im Laufe der Zeit ungeschmälert einzuziehen. Während er den Vorteil der vollen Einziehung der Forderung benutzen will, sucht er sich der Last der Stundung zu entziehen.

3. Nichtigkeit anfechtbarer Geschäfte. a) **RG.** 17. 10. 16, R. 17 Nr. 8. Die Gläubigerbenachteiligung ist im AG. erschöpfend geregelt, wenn aber nicht einmal die Voraussetzungen der Anfechtung nach diesem Gesetz vollständig vorliegen, so kann noch weniger von einer Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Rede sein (**RG.** 69, 145; 74, 225). Vgl. auch **RG.** 2. 5. 17, LeipzZ. 17, 1246 u. JDR. 15, II 1.

b) Nichtigkeit eines unter dem Zwange einer Drohung eingegangenen Rechtsgeschäfts. **RG.** 16. 5. 17, WarnE. 17, 264. Dadurch allein, daß das Rechtsgeschäft unter dem Einfluß einer Drohung abgeschlossen ist, wird es noch nicht sittenwidrig. Zu der unzulässigen Willensbeeinflussung durch Drohung muß hinzutreten, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt und Zweck objektive Umstände enthält, die einen Verstoß gegen die guten Sitten ergeben (JW. 08, 711). Steht ein Vertrag in Frage, so muß von beiden Seiten sittenwidrig gehandelt sein. (Im gegebenen Falle, wo es sich um einen Unterhaltsvertrag von in der Scheidung liegenden Ehegatten handelte, der durch Drohungen der Mutter der Ehefrau zustande gekommen sein sollte, wurde für erforderlich erachtet, daß die Klägerin von dem angeblich durch ihre Mutter ausgeübten Druck Kenntnis gehabt und unter Ausnutzung dieses Drucks den Vertrag geschlossen hätte.)

II. Besondere Fälle des Abs. 1.

1. Versprechen einer Abfindungssumme bei Lösung eines Liebesverhältnisses. Colmar 24. 1. 16, ElsLothJZ. 17, 17. Der Bekl. hatte sich schriftlich verpflichtet, der Kl. „zur Abfindung ihrer Ansprüche" 15000 M. zu zahlen, und zwar 3000 M. alsbald nach seiner Hochzeit und den Rest in Jahresraten von je 2000 M. a) Die Abfindungssumme sollte es der Kl. ermöglichen, eine passende Stellung zu finden, in der sie ihren Lebensunterhalt verdienen könnte. Diese Sicherstellung für die Zukunft enthält nichts Unsittliches, ist vielmehr umgekehrt eine sittliche Pflicht des Mannes bei der Lösung eines solchen Verhältnisses, aus dem ein Kind hervorgegangen ist. b) (Es wird ferner ausgeführt, daß das Schuldversprechen nicht „freigebig" abgegeben ist, sondern als „Schweigegeld".) Die Hingabe eines Schweigegeldes hat an sich nichts Unsittliches. Sie verstößt gegen die guten Sitten höchstens dann, wenn es sich um die Vertuschung einer strafbaren Tat handelt, deren Verfolgung im öffentlichen Interesse liegt. (**RG.** 33, 337; 58, 204, OLG. 5. 110; 24, 259, ElsLothJZ. 14, 497. — Verneint wurde im gegebenen Falle auf seiten des Bekl. der unehrenhafte Gedanke, das Vermögen seiner Frau zur Befriedigung seiner früheren Geliebten anzugreifen.) c) Der Gesichtspunkt des Wuchers ist auszuscheiden. Dem Bekl. mußte soviel daran liegen, des Schweigens der Kl. sicher zu sein, daß die Summe, die er dafür versprochen hat, nicht übermäßig ist, besonders wenn man die Erleichterung erwägt, die ihm die Ratenzahlungen gewährten, die einzuhalten ihm nicht allzu schwer ist.

2. Ärzteverträge. a) **RG.** 16. 3. 17; 90, 35, HessRspr. 18, 62, JW. 17, 536, LeipzZ.17, 588, R. 17 Nr. 764, 765. Vereinbarung, durch die sich ein Arzt dem nicht ärztlich vorgebildeten Inhaber einer gewerblich betriebenen Privatkrankenanstalt zur Unterlassung des Wettbewerbs verpflichtet. (Kl. hatte sich bei seiner Anstellung als Abteilungsoberarzt für die chirurgische Abteilung einer Heilanstalt verpflichtet, nach Aufhebung des Vertrages am Orte und in den Vororten keinerlei Konkurrenzpraxis, weder selbständig noch als angestellter Arzt, bei Meidung einer Vertragsstrafe von 10000 M. zu betreiben.) Da die sittliche Würde und die öffentlich-rechtl. Bedeutung des ärztlichen Berufs, das öffentliche Interesse an einer guten Gesundheitspflege die freie, ungebundene Ausübung dieses Berufs erfordern, ist die Auferlegung einer Beschränkung der Berufsausübung mit den guten Sitten nicht nur dann unvereinbar, wenn sie durch einen Vertrag zwischen zwei gleichgestellten Ärzten erfolgt, sondern auch wenn sich ein Arzt einer nicht ärztlich vorgebildeten Inhaberin einer gewerblich be-

triebenen Privatkrankenanstalt zur Unterlassung des Wettbewerbs verpflichtet. Nicht die Stellung desjenigen, zu dessen Gunsten das Wettbewerbsverbot vereinbart ist, entscheidet, sondern die des Verpflichteten; ist dieser ein Arzt, so verstößt die Beschränkung gegen die guten Sitten, auch wenn damit ein gewerbliches Unternehmen gegen den Wettbewerb geschützt werden soll. (Im Anschluß an **RG.** 66, 143; 68, 186, JW. 15, 696. — Nicht entschieden ist die Frage für die Verpflichtung, einen gewerblichen Anstaltsbetrieb zu unterlassen.)

b) Konkurrenzverbot zwischen Ärzten. (Mietvertrag mit Konkurrenzverbot.) **RG.** 2. 10. 17; 90, 436. Eine Konkurrenzklausel zwischen Ärzten verstößt gegen die guten Sitten (**RG.** 66, 143; 68, 188); im gegebenen Falle um so mehr, als eine unabsehbare Verlängerung eines solchen Konkurrenzversprechens ausbedungen war. Der Bekl. sollte selbst dieses Versprechen geben und sollte einen zu solchem Versprechen und zu seiner Weiterauflage an zukünftige Nachfolger bereiten Arzt als Mietnachfolger präsentieren. Es sollte also diese die sittliche Würde des Ärztestandes und das öffentliche Interesse verletzende Abrede von Person zu Person durch eine Reihe von Nachfolgern des Bekl. hierdurch fortgeleitet werden.

3. Veräußerung der gesamten Erzeugung in einer bestimmten Ware an einen Ausländer. Schreiber, LeipzZ. 17, 182 wendet sich gegen Krückmann, LeipzZ. 16, 1457 (JDR. 15, II 5), der ausführt, daß eine solche Veräußerung wider die guten Sitten sei. Es werden die wirtschaftlichen Verhältnisse des deutschen Textilgewerbes und anderer Industrien, sowie der Schiffahrt dargelegt, um zu zeigen, daß Krückmanns Ansicht auf anfechtbaren Voraussetzungen in bezug auf allgemeine Sätze der Volkswirtschaft und auf besondere Verhältnisse deutscher Gewerbezweige beruhte. Vgl. hierzu v. Miltner 184. Der Grundgedanke Krückmanns trifft zu, indessen ist die nähere Prüfung des einzelnen Falles nicht zu umgehen. Das sittliche Volksbewußtsein, das für § 138 gilt, ist auf der Grundlage der im Kriege gemachten Erfahrungen strenger geworden. — Daß eine Wandlung der Anschauungen eingesetzt hat, wird sich nicht in Abrede stellen lassen. Aber ihre Weiterentwicklung und Festigung kann erst die Zeit nach dem Kriege bringen. Zustimmend auch Fuchs, JW. 17, 634.

4. Ausnutzung eines wirtschaftlich Schwachen. KfmG. Berlin-Wilmersdorf 11. 6. 17, GewuKfmG. 22, 323. Der Inhalt der Abrede, daß die Kl. (bei auffallend niedrigem Gehalt) keinen Anspruch auf Vergütung der von ihr geleisteten Überstunden und keinen klagbaren Anspruch auf den ihr zugesagten Gehaltszuschuß habe, ist derartig, daß ein wirtschaftlich unabhängiger Angestellter bei vernünftiger Prüfung der Sachlage sie nicht als Vertragsinhalt annehmen würde. — Die vorliegenden Nebenabreden bei gleichzeitiger Gewährung eines nach Ansicht des Gerichts gering bemessenen Gehalts (80 M. monatlich für eine ununterbrochene Arbeitszeit von täglich 8 Stunden) kennzeichnen sich als eine Ausnutzung des wirtschaftlich schwachen Angestellten, der um jeden Preis eine Stellung annehmen muß, verstoßen daher gegen die guten Sitten i. S. des § 138.

5. Bordellbetrieb. Cöln 23. 1. 17, OLG. 35, 301. Der Kauf eines zur Ausstattung eines Bordells bestimmten Mobiliars auch ohne Vereinbarung eines Überpreises für nichtig erachtet, weil er ein Mittel zu dem von beiden Vertragschließenden gewollten Erfolg des Überganges des Bordells bildete.

6. Bürgschaftsübernahme durch einen geringbesoldeten Reisenden. KfmG. München 7. 8. 15, GewuKfmG. 22, 125. Der Kl. war bei der bekl. Firma als Reisender gegen einen Monatsgehalt von 100 M. und 10% Provision aus den durch ihn außerhalb des Geschäftslokals vermittelten und abgeschlossenen Geschäften angestellt. Die baren Auslagen auf der Reise wurden ihm mit Ausnahme der Beköstigung ersetzt. Bis zur Höhe von einem Drittel des nicht eingebrachten Betrages einschließlich Zinsen und Gerichtskosten hatte er nach § 5 die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Diese Bestimmung wurde als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen, weil sie nach dem Inhalt des Dienstvertrages zu drückend und unbillig erschien. Vgl. JDR. 14 II 26.

7. Darlehn. Kiel 2. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 255. Der Ausschluß der Kündbarkeit seitens des Darlehnsschuldners ist (im Gegensatze zum gemeinen Recht) nach § 138 nichtig. Es widerspricht den modernen Anschauungen, den Darlehnsnehmer dauernd an eine Schuld zu fesseln und ihm die Möglichkeit der Rückzahlung des Darlehns völlig zu nehmen. Es liegt darin eine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit. Daß der Schuldner eine juristische Person ist, steht dieser Auffassung nicht entgegen. (Betraf ein im 17. Jahrhundert von der Landschaft Eiderstedt bei einer Stiftung aufgenommenes, zu 6¼ % verzinsliches Darlehn.)

8. Erleichterung der Ehescheidung. KG. 16. 10. 16, KGBl. 17, 15. Die Annahme einer unzulässigen Erleichterung der Ehescheidung entfällt, wenn es sich bei tatsächlichem Vorhandensein eines Scheidungsgrundes darum handelt, das Scheidungsverfahren abzukürzen (JW. 13, 128, SeuffA. 67, 348). — Im gegebenen Falle war der Ehefrau der Ehebruch des Bekl. und eine Frauensperson bekannt, mit der der Bekl. die Ehe gebrochen hatte. Bei dieser Sachlage wurde weder in der Beschränkung der Verteidigung des Bekl., noch auch in der weiteren Verpflichtung desselben, die mitschuldige Frauensperson nicht verschwinden zu lassen und sie im Ehescheidungsverfahren zur Stelle zu schaffen, eine sittenwidrige Erleichterung der Ehescheidung erblickt und die vertragliche Regelung der Unterhaltspflicht als gültig angesehen. Vgl. JDR. 15 II 9a, **RG.** 26. 11. 15 jetzt auch WarnE. 17, 11.

9. Ehrenwort. KfmG. Hamburg 27. 10. 11 und LG. Hamburg 5. 7. 12, GewuKfmG. 22, 235/239. a) (Der Bekl. hatte eingewendet, daß infolge der von ihm erzwungenen Abgabe seines Ehrenwortes, verbunden mit dem Versprechen einer außergewöhnlich hohen Vertragsstrafe, der ganze Anstellungsvertrag als gegen die guten Sitten verstoßend und daher als nichtig zu erachten sei. KfmG. verneint, daß der Bekl. gezwungen gewesen, sein Ehrenwort abzugeben, und hebt u. a. hervor, es handle sich in Fällen der vorliegenden Art nicht um eine Bindung durch Ehrenwort in ausschließlich vermögensrechtlichen Angelegenheiten.) Zwischen einem Prinzipal und seinen Angestellten, welche zunächst bei ihm gelernt haben, und dann viele Jahre lang im Geschäft bleiben, bildet sich meistens auch ein persönliches Freundschaftsverhältnis und im Falle eines größeren Altersunterschiedes ein Pietätsverhältnis aus, das dann wohl zu dem berechtigten Wunsche Anlaß geben kann, für Verpflichtungen, die sich rein äußerlich betrachtet als vermögensrechtlich darstellen, zugleich das Ehrenwort zu verpfänden. b) LG. tritt dem bei und führt aus, daß, wenn der Standpunkt des ersten Richters nicht zuträfe, durchschlagen würde, daß die Verpfändung des Ehrenworts nach dem Inhalt des Vertrages lediglich ein dem Vertrage hinzutretendes Verstärkungsmittel, eine Nebenabrede sei, die unbeschadet des Fortbestandes des Wettbewerbsverbotes aus dem Vertrage ausgeschieden werden könne (**RG.** 74, 334). — Vgl. für Handlungsgehilfen jetzt § 74a in der Fassung des Ges. v. 10. 6. 14. Vgl. JDR. 14A, 11.

10. Elternrecht. a) (Verträge zwischen den beiden Ehegatten über die Ausübung des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde durch den nach § 1636 BGB. Berechtigten.) Lohmann 38. Ungültig sind solche Verträge, durch welche ein Elternteil sich gegen Entgelt dazu versteht, sich hinsichtlich der Ausübung des Verkehrs in irgendeiner Weise zu binden. Das Gesetz will nicht, daß mit der Heiligkeit von Familienrechten Schacher getrieben werde. Entgeltliche Rechte über das Verkehrsrecht werden daher mit Recht wegen Verstoßes gegen § 138 als nichtig betrachtet.

b) **RG.** 16. 5. 17, LeipzZ. 17, 1257, R. 17 Nr. 1773, 1774, WarnE. 17, 264. Ungültig ist eine Abmachung zwischen den Eltern, wonach der Vater im Widerspruch mit den Vorschriften der §§ 1627, 1635 BGB. auf das Recht der Sorge für die Person des Kindes verzichtet, ferner solche Abmachungen, welche den Vater in dem Rechte der Sorge für die Person des Kindes dadurch beschränken, daß ihm bei Ausübung dieses Rechtes Vermögensnachteile auferlegt werden. Die Ungültigkeit dieser Abrede kann nach § 139, wenn die Vertragsbestimmungen derart zusammenhängen, daß ein Teil nicht ohne den anderen

gewollt ist, die Ungültigkeit des ganzen Vertrages zur Folge haben. Vgl. zu § 139 und IDR. 15 II 11.

11. Gehaltsherabsetzung während des Krieges. KfmG. Berlin 29. 12. 16, DIZ. 17, 692. Die anfangs des Krieges vielfach erfolgte Herabsetzung des Gehalts von Angestellten durch Vertrag zwischen beiden Vertragsteilen widerspricht nicht den guten Sitten; die dem Angestellten gewährte Gegenleistung besteht darin, daß ihm seine Stellung während des Krieges gewährleistet wird, so daß der Geschäftsherr nicht ohne wichtigen Grund kündigen darf. Dies entsprach der damaligen Auffassung, die davon ausging, daß der Betrieb der Geschäfte sich vermindern würde und dadurch zugleich für die Angestellten Schwierigkeiten bei Erlangung von Stellen und die Gefahr der Entlassung aus den bisherigen Stellungen sich ergeben könnten. Wenn sich die Verhältnisse derart gestaltet haben, daß diese Befürchtungen nicht eingetreten sind, so handelt es sich nicht um eine Bedingung im Rechtssinne, sondern um eine bloße Voraussetzung, die rechtlich keine Beachtung findet. Vgl. IDR. 15, II 14.

12. Höchstpreisüberschreitung als Verstoß gegen die guten Sitten. a) **RG.** 5. 12. 16; 89, 196, DIZ. 17, 517, HoldheimsMSchr. 17, 91, IW. 17, 354, R. 17, 118, WarnE. 17, 103. Die Parteien trifft wegen des Kaufabschlusses der Vorwurf bewußten Verstoßes gegen die gesetzliche Ordnung, der aber durch die Herabsetzung des Preises auf das erlaubte Maß erledigt wird und an sich noch keinen Verstoß wider die guten Sitten bildet. Als abgesehen hiervon besonders verwerflich, namentlich als eine bewußte eigennützige Gefährdung vaterländischer Interessen kann aber ihr Verfahren nicht erachtet werden. Dies möchte der Fall sein, wenn die Parteien ihres Vorteils wegen darauf ausgegangen wären, die verkaufte Ware dem Zwecke der Volksernährung, für den sie notwendig war, zu entfremden. Das ist aber nicht der Fall. Die Kl. betreibt eine Graupenmühle und auch das BG. nimmt an, daß sie die Gerste in dieser verarbeiten und dann als Nahrungsmittel in den Verkehr bringen wollte. Unter diesen Umständen kann man den Parteien nicht das Bewußtsein, das Vaterland zu schädigen, zur Last legen. Sie können sehr wohl geglaubt haben, daß ihr Geschäft, wenn auch der positiven Vorschrift des Gesetzes, so doch nicht seinem Zwecke widerspreche und dem vaterländischen Interesse keinesfalls zuwider, vielleicht sogar nützlich sei. Vgl. auch Silberschmidt, BankA. 16, 401, 419.

b) Kiel 31. 5. 17, LeipzZ. 17, 1277. Nicht die rechtsgeschäftl. Einigung, sondern die einseitige Preisbestimmung ist dasjenige, was das Gesetz und die guten Sitten verbieten. — Mit dem Vergehen gegen § 5 Nr. 1 BRVO. v. 23. 7. 15 wird vielfach zugleich der Tatbestand des Wuchers gegeben sein. Wo es sich aber nicht um eine Ausbeutung der Notlage usw. handelt, erscheint es bedenklich, die für einen wesentlich anderen und schwereren Tatbestand gegebene Rechtsfolge auf einen Tatbestand entsprechend anzuwenden, wo nur eine dieser mehreren Voraussetzungen des Wuchers gegeben ist.

13. Honorarversprechen für die Sondertätigkeit eines Anwaltsgehilfen Düsseldorf 15. 1. 17, IW. 17, 979, OLG. 35, 301 im gegebenen Falle für wirksam erachtet, weil das Versprechen ohne jede Beeinflussung des Bekl. abgegeben worden war. Es würde zu weit gehen, wollte man verlangen, daß ein Bureaugehilfe, dem ganz freiwillig 1000 M. als Belohnung für seine Bemühungen angeboten werden, diese ausschlagen müßte.

14. Kartellvereinbarungen als „Verabredungen von Gewerbsleuten zu dem Zwecke, um den Preis einer Ware zum Nachteile des Publikums zu erhöhen" (Ges. v. 7. 4. 70) werden in Österreich von der Rechtspr. für unwirksam erklärt. Abel, IW. 17, 17. Um so mehr Beachtung verdient demgegenüber OGH. 28. 3. 16, welche Entsch. den Kartelleinwand für nicht stichhaltig erklärt, da das Kartell im gegebenen Falle dazu diente, um einen wichtigen, in seiner Existenz gefährdeten Industriezweig (Petroleumkartell) zu erhalten und zu diesem Zwecke als das geeignete Auskunftsmittel in einer Zeit hochgradigen wirtschaftl. Notstandes erschien; hierdurch wurde ein wesentlicher Vorteil des Publikums angestrebt, welcher den in der Preiserhöhung an sich liegenden Nachteil wettmachte. Dies

benimmt dem Kartell die ihm sonst anhaftende Verwerflichkeit des Motivs der Preiserhöhung, also auch die Unerlaubtheit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts.

15. Kindesannahmevertrag. **RG.** 8. 3. 17, BayNotZ. 54, 325, JW. 17, 536, WarnE. 17, 185. (Die Bekl. hatte mit ihrem verstorbenen Ehemanne ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem der Kl. als Nacherbe eingesetzt war. Die Erbschaft hatte sie angetreten, nach Jahr und Tag ihre Stütze an Kindesstatt angenommen und demnächst durch notarielle Urkunde gegenüber dem Nachlaßgericht das Testament angefochten.) Daß auch solche familienrechtliche Verträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein können und daß ihre gerichtliche Bestätigung der Geltendmachung der Nichtigkeit nicht entgegensteht, ist unbedenklich anzunehmen. Es hätte deshalb das Vorbringen des Kl. (daß die Bekl. die X adoptiert habe, um das gemeinschaftliche Testament zu beseitigen und den Kl. um seine Erbansprüche zu bringen), aus dem Gesichtspunkte des § 138 gewürdigt werden müssen. Auch wenn sich bei Prüfung jenes Vorbringens nur soviel ergäbe, daß zwar die Bekl. selbst lediglich in der vom Kl. behaupteten sittenwidrigen Weise gehandelt habe, daß aber der Annahmevertrag wegen Gutgläubigkeit des anderen Teils der Nichtigkeit entrückt wäre, dann bliebe immer noch zu prüfen, ob nicht die von der Bekl. vorgenommene Anfechtung des Testaments selbst wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist.

16. Knebelverträge. a) Allgemeine Grundsätze. **RG.** 30. 4. 17, LeipzZ. 17, 971, R. 17, 515 u. Nr. 1561, 1562, WarnE. 17, 299. Der § 138 Abs. 1 setzt voraus, daß in dem objektiven Inhalte des Rechtsgeschäfts ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, er muß unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage als unvereinbar mit den guten Sitten anzusehen sein (**RG.** 86, 148, JW. 12, 133), während sittenwidrige Beweggründe für sich allein nicht genügen. Als erhebliche Umstände in diesem Sinne können weitgehende Eingriffe in die wirtschaftl. oder sonstige Freiheit der einzelnen, wie übermäßige Wettbewerbsverbote oder Beschränkungen in der Wahl des Wohnsitzes und ähnliche Abmachungen in Betracht kommen, ebenso die Art und Weise, in der die Aussichten auf Gewinn und Verlust verteilt sind, wobei mit Recht auch darauf Wert gelegt worden ist, ob Vermögensvorteile unter Ausnutzung der durch den Krieg für viele Gewerbetreibende entstandenen schwierigen wirtschaftlichen Lage erlangt werden sollten. Mit Recht hat OLG. ferner den Umstand herangezogen, daß als Vorsitzender des durch den Vertrag vorgesehenen Schiedsgerichts zunächst der Mitbeteiligte und Schwager des Inhabers der Bekl. tätig sein sollte, wodurch sich die Bekl. von vornherein die Mehrheit in dem aus drei Personen bestehenden Schiedsgerichte sichern wollte. — Vgl. auch JDR. 14 A II 19 u. 15, II 26, **RG.** 21. 9. 16 jetzt auch GruchotsBeitr. 61, 129.

b) Hamburg 8. 11. 16, HansGZ. 17 Hauptbl. 77, OLG. 35, 302, SeuffA. 72, 145. Unsittlichkeit angenommen, weil der Vertrag den Bekl. auf mindestens 10 Jahre in vermögensrechtlicher Hinsicht der Willkür und dem Belieben der Kl. auslieferte und ihm Pflichten hinsichtlich der Kontrollierung seiner Korrespondenz, hinsichtlich des geschäftlichen Verhaltens gegenüber Dritten auferlegte, die für einen selbständigen auf seine Ehre haltenden Kaufmann unerträglich sein müßten. Die außerordentlichen Vorteile, die der Bekl. aus dem Vertrage gewann, seien keinesfalls ein Ausgleich für die moralische Entwürdigung, die die Kl. dem Bekl. zumutete. Bestätigt durch **RG.** 29. 6. 17, JW. 17, 966, HansGZ. 17 Hptbl. 257, HoldheimsMSchr. 17, 218. Vgl. auch **RG.** 4. 10. 17, GruchotsBeitr. 62, 86, wo festgestellt war, daß der Schuldner wirtschaftlich völlig in Abhängigkeit vom Gläubiger gebracht worden war und von da an nur noch einen Scheinbetrieb geführt hatte.

c) Sittenwidrigkeit verneint. **RG.** 5. 3. 17, R. 17 Nr. 976. Die Selbständigkeit der geschäftlichen Maßnahmen des Schuldners blieb unangetastet, lediglich die Vollstreckung Dritter in einen Vermögensteil, nämlich in sein Lager und in die bestehenden Verlags- und sonstigen Rechte sollte verhindert werden, damit die Bekl. für ihr ein kleines Vermögen darstellendes, fünf Jahre unkündbares Darlehen Sicherung fände.

d) RG. 22. 6. 17, WarnE. 17, 368. Der Vertrag brachte die Kl. zwar in eine gewisse Abhängigkeit von der Bekl., indem die Kl. dieser ihre vorhandenen und mit dem Gelde der Bekl. zu erwerbenden Maschinen, sowie die Forderungen aus den künftigen Granatenlieferungen übereignete und ihr auch in gewissem Maße die Überwachung ihres Granatenbetriebes einräumte. Diese Abhängigkeit war aber nach der Sachlage zur Zeit des Vertragsschlusses deshalb keine erheblich lästige und drückende, weil nach den Feststellungen das beabsichtigte Granatengeschäft hohen Gewinn und dadurch eine Wiedergesundung der bis dahin ungünstigen Geschäftslage der Kl. versprach, und bei der Kurzfristigkeit der der Lieferungsforderungen der Eintritt dieser für die Kl. vorteilhaften Wirkungen schon in Bälde zu erwarten war.

e) RG. 24. 9. 17, GruchotsBeitr. 62, 89, R. 17 Nr. 1947—1952. Daß ein Geldmann, der einem im Niedergang begriffenen Unternehmen beträchtliche Summen vorschießt, sich nach Möglichkeit zu sichern sucht, ist nur natürlich und nicht zu beanstanden. (Die im gegebenen Falle eingeräumten weitgehenden Prüfungs- und Überwachungsbefugnisse wurden nicht beanstandet, da es sich um ein der Gelegenheitsgesellschaft ähnliches partiarisches Rechtsverhältnis handelte.)

Siehe auch bei Sicherungsübereignung Nr. 29.

17. BRVO. v. 12. 7. 15 über Regelung der Kriegswohlfahrtspflege. KG. 14. 6. 17, DJZ. 17, 685. Die streitigen Postkarten enthielten den Vordruck „Schutz den deutschen Geistesgütern. Die tatkräftige Unterstützung der aus dem Felde heimkehrenden Künstler ist eine Ehrenpflicht des deutschen Volkes.“ Die Anwendbarkeit der BRVO. wurde verneint, da es sich um ein rein geschäftliches Unternehmen handle, die VO. nur den Vertrieb zugunsten von Kriegswohlfahrtszwecken ohne Genehmigung der Landespolizeibehörde untersage. Dagegen ist das Rechtsgeschäft nach § 138 nichtig, weil es gegen die guten Sitten verstößt. Das rein geschäftliche Unternehmen der Parteien wird zum Schutz der deutschen Geistesgüter als die tatkräftige Unterstützung der aus dem Felde heimkehrenden deutscher Künstler und als eine Ehrenpflicht des deutschen Volkes von beiden Parteien angepriesen. — Deshalb ist dem herrschenden Volksbewußtsein und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gegenüber die Feststellung berechtigt, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages mindestens mit der Möglichkeit einer Irreführung des Publikums gerechnet haben.

18. Lohnabreden. GG. München 28. 9. 16, GewuKfmG. 22, 151. Eine Lohnabrede, durch die für Militärschneiderarbeiten erheblich niedrigere Löhne festgesetzt werden, als die von der Militärbehörde und der Arbeitsverteilungsstelle vereinbarten, verstößt gegen die guten Sitten. Es ist an sich schon wider die guten Sitten, wenn durch Sonderabmachungen Lohnsätze gedrückt werden, die für jeden Arbeitgeber, der auf zulässigem Wege Militärarbeit übernimmt, bindend sind. Um so verwerflicher ist es aber, wenn gerade jetzt Schiebungen vorgenommen werden, um den Arbeiter an seinem sauren Lohn zu verkürzen, den er bei den teuren Zeiten so notwendig braucht. — Vgl. JDR. 15, II 21.

19. Übermäßiger Mäklerlohn als Verstoß gegen die guten Sitten. RG. 11. 7. 17; 90, 401. Der Auffassung, daß die Verhältnisse des Krieges, der dringende Bedarf der Heeresverwaltung, die Schwierigkeit und vielfache Unmöglichkeit der Behörden, die Angemessenheit der geforderten Preise bei der notwendigen Eile des Abschlusses zu prüfen und um die Preise zu feilschen, es zulässig machten, ungemessene Gewinne zu erzielen, muß die Rechtspr. scharf entgegentreten. Das Streben nach übermäßigem Gewinn in der Zeit der Kriegsnot, sei es auf Kosten des einzelnen oder der Gesamtheit, ist besonders da, wo es sich um Gegenstände des Kriegsbedarfs handelt, als gegen die guten Sitten verstoßend zu brandmarken.

20. Mietsklauseln. a) Dresden 15. 11. 16, SächsRpflA. 17, 258. Die Verschärfung der kassatorischen Klausel dahin, daß bei ihrer Verwirkung der Mieter den Mietzins auf die ganze übrige Vertragsdauer im voraus zu zahlen habe, enthält keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Derartige scharfe Klauseln sind, namentlich in Wohnungsmiet-

verträgen, nichts Ungewöhnliches. Sie haben in erster Linie, ähnlich wie hohe Vertragsstrafen, den Zweck, den Schuldner zur pünktlichen Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten. (Ob eintretendenfalls in entsprechender Anwendung von § 343 BGB. eine Ermäßigung eintreten kann oder ob nicht der Gläubiger bei Geltendmachung der Klausel sich den Betrag im voraus kürzen lassen muß, den er voraussichtlich durch Weitervermietung oder sonstige Verwertung der Mietsache verdienen wird, wurde dahingestellt gelassen.)

b) Übermäßige Verpflichtungen beim Mietvertrag über eine Lokomobile. **RG.** 12. 6. 17, JW. 17, 967, LeipzZ. 17, 1123, R. 17 Nr. 1371. (Pflicht des Mieters zur Versicherung gegen Feuersgefahr, Explosionsschäden und sonstige Unfälle — Beseitigungspflicht des Vermieters nur für verschuldete Mängel — Ersatzpflicht des Mieters auch für Diebstähle, elementare Ereignisse, Frostschäden usw. — Ausschluß des Retentions- und Kompensationsrechts, sowie der Widerklage usw.) Mit Rücksicht darauf, daß die Lokomobilen besonders komplizierte und empfindliche Apparate sind, bei denen die Ursachen von erst während der Mietzeit hervortretenden Mängeln schwer feststellbar sind, können die Mietbedingungen noch nicht für sittlich anstößig erachtet werden: Das Interesse der Lokomobilbesitzer erfordert allerdings einen starken Schutz gegen Nachlässigkeit oder Unverstand der Mieter.

21. Pensionskasse. Kann ein Arbeiter, der zur Arbeitsleistung bei der Firma beurlaubt ist (Krupp in Essen), die Pensionskassenbeiträge zurückfordern, die ihm nach der Arbeitsordnung vom Lohn abgezogen worden sind? GG. Essen 10. 10. 16, GewuKfmG. 23, 15. Verneint wurde die Ansicht des Kl., daß seine Verpflichtung, der Pensionskasse anzugehören und Beiträge dazu zu entrichten, gegen die guten Sitten verstoße und daher nichtig sei. Was die Frage des Beitrittszwanges und der Verknüpfung der Zugehörigkeit zur Arbeiterpensionskasse mit dem Arbeitsvertrag betrifft, so ist den grundsätzlichen Entsch. **RG.** 24. 10. 11 (VII 55/11), Hamm 30. 10. 10 (1 U 104/10) und LG. Essen 25. 9. 09 (15 O 56/108) beizutreten, zumal die Bekl. seither Veranlassung genommen hat, die Satzung der Pensionskasse in der Richtung zu ändern, daß unter gewissen Voraussetzungen eine sog. Abgangsvergütung gewährt wird. — Verneint wurde ferner die Behauptung des Kl., daß bei der Eingehung des Arbeitsverhältnisses die freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen, indem es gar nicht in seinem Ermessen gestanden, ob er Mitglied der Pensionskasse werden wollte oder nicht, weil er militärpflichtig sei. (Wird näher ausgeführt.)

22. Postkartenvertrieb. **RG.** 27. 2. 17, LeipzZ. 17, 670. (Der bekl. Reichsverband zur Unterstützung deutscher Veteranen hatte Ende 1914 dem Kl. gestattet, Postkarten herzustellen und zu vertreiben, die auf der Vorderseite den Stempel des Vereins und die Bemerkung: „Zur Unterstützung Deutscher Veteranen", auf der Rückseite bekannte Aussprüche Sr. Majestät des Deutschen Kaisers nebst den Reichsfarben enthalten; der Kl. hatte an den Verein vor Herstellung jeder auf 200000 Stück berechneten Auflage 300 M. zu entrichten. Im Februar 1915 untersagte der Bekl. dem Kl. die Herstellung weiterer Auflagen. Der Schadensersatzanspruch des Kl. wurde vom KG. wegen Sittenwidrigkeit des Vertrages zurückgewiesen und dies vom RG. gestätigt, da die Käufer durch den Aufdruck in den Irrtum versetzt würden, daß der Reingewinn hauptsächlich vaterländischen Interesse diene.) Nach den Feststellungen des KG. hatte der Kl. nach Abzug aller, die Abgabe an den Bekl. umfassender Kosten von einer Kartenauflage einen Reingewinn von 2000 M., während dem Bekl. nur 300 M. zukamen. Der Erfolg des Kartenverkaufs war also gerade der umgekehrte, als ihn die Käufer beim Erwerbe voraussetzten. Die Käufer, deren Wohltätigkeitssinn und Dankbarkeit für die Vaterlandsverteidiger wachgerufen wird, werden also in einen Irrtum über die Verwendung des Reingewinns versetzt, der zum wesentlichen Teile in die Kasse des Unternehmers fließt. Gegen diese mißbräuchliche Ausnutzung ihres Opfersinns richtet sich der Unwille der dies als anstößig empfindenden Bevölkerung.

23. Privatakkord. **RG.** 2. 2. 17, WarnE. 17, 199. Die ziffernmäßige Bevor-

zugung der Ansprüche der Kl. rechtfertigte sich einwandfrei, weil die Kl. mit der von ihr geleisteten „Überbürgschaft“ eine erhebliche Gefahr auf sich nahm und nicht wie die anderen Gläubiger sofort durch Barzahlung befriedigt wurde.

24. Reversverpflichtungen gegenüber einem gewerblichen Verbande. Hamburg 25. 1. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 273, LeipzZ. 17, 1006. Die Bekl. hat dem kl. Zigarettenschutzverband gegenüber sich verpflichtet, für die Zeit v. 1. 2. 15 bis 31. 3. 16 nur an solche Händler und Wiederverkäufer zu liefern, die den Verpflichtungsschein des Verbandes unterschrieben haben, sowie die Mindestkleinverkaufspreise ihrer Marken fest vorzuschreiben. Nachdem die Bekl. von der Verpflichtung zurückgetreten, wurde die Klage auf Feststellung der Rechtsbeständigkeit des Scheins zugesprochen. Wenn auch die Verpflichteten durch den Revers in ihrer geschäftlichen Bewegungsfreiheit stark beeinträchtigt werden, so kann doch von einem Verstoß gegen die Gewerbefreiheit nicht die Rede sein. Denn daß auch diejenigen, die sich dem Reverssystem nicht angeschlossen haben, ihr Gewerbe frei betreiben können, und zwar mit gutem Erfolge, gibt die Bekl. zu, indem sie auf das Gedeihen der Geschäftsbetriebe der Schleuderer hinweist. — Der Zweck der Zusammenschließung ist der, daß die Einzelverkäufer die Kleinverkaufspreise der Fabriken einhalten und nicht schleudern, damit sie genügenden Verdienst haben und sich halten können. Inwiefern eine solche Zusammenschließung den guten Sitten zuwiderlaufen soll, ist nicht ersichtlich. — Ebenso Hamburg 30. 6. 16, HansGZ. 17 Hptbl. 303.

25. Schenkungsweise Zuwendung von Geldern seitens eines Ausländers an Deutsche zu dem Zwecke, sie dem Zugriff der deutschen Regierung während des Krieges zu entziehen. Hamburg 14. 7. 16, JDR. 15 A II 34 bestätigt durch **RG.** 9. 2. 17; 89 65, DJZ. 17, 682, HansGZ. 17 Beibl. 82. Die von dem Berufungsrichter ohne Rechtsverstoß getroffene tatsächliche Feststellung, daß, wie der Bekl. bekannt gewesen sei, nicht die Sorge für sie, sondern die Durchkreuzung der zu erwartenden Maßnahmen der deutschen Regierung der Hauptzweck der Übergabe der Gelder gewesen sei, trägt in Verbindung mit dem weiteren Umstande, daß die Bekl. gegen den Ausländer keinen Anspruch, auch keinen Unterhaltsanspruch hatte, die Entscheidung, daß die Bekl. als Deutsche trotz jenes Nebenzwecks mit der Annahme der Gelder, selbst soweit diese zu ihrem Unterhalte dienen sollten, gegen die guten Sitten verstoßen hat.

26. Schmuggelverträge. **RG.** 4. 12. 16, R. 17 Nr. 155, 156. Der gewerbsmäßige Schmuggel gewöhnt die damit befaßte Bevölkerung an verhältnismäßig mühelosen, hohen unrechtmäßigen Gewinn, an unredliche Schleichwege und Gesetzwidrigkeit, an Hintergehung und Bestechung der Beamten. — — Aus diesem Grunde widerstreitet der gewerbsmäßige Schmuggel dem Anstandsgefühl jedes rechtlich denkenden Menschen.

27. Geschäfte einer „Schwindelfirma“. LG. I Berlin, ThürBl. 64, 23. Der Vertrag der Parteien ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. — Der Bekl. (Lokomotivheizer in Lübeck) gehört zu den sogenannten kleinen Leuten. Es übersteigt daher bei weitem seine wirtschaftlichen Verhältnisse, wenn er Hemden oder Hosen zum Preise von 10,50 M. für das Stück bestellt. — Die Bestellung ist unter dem Druck und unter dem Drängen eines äußerst gewandten und skrupellosem Geschäftsreisenden erfolgt. Die Kl. benutzt beim Betriebe ihres Geschäfts nur diese Art von Reisenden, ja ihr Geschäft baut sich geradezu darauf auf, daß sie sich der Redegewandtheit und Überredungskunst von besonders ausgesuchten Geschäftsreisenden bedient. Nur auf diese Weise ist es ihr möglich, ihre übermäßig verteuerten Waren an den Mann zu bringen. — Die Kl. würde ihr Geschäft nicht machen können, wenn sie sich nicht derartiger gegen den kaufmännischen Anstand und die geschäftliche Redlichkeit verstoßender Mittel bedienen würde. — Es liegt eine gröbliche Überteuerung der Käufer jedenfalls dann vor, wenn die Käufer nicht zu denjenigen wohlhabenden Kreisen gehören, bei denen der Preis keine Rolle spielt. So hat sich denn auch die Handelskammer in Berlin im Gutachten v. 6. 3. 15 nach Prüfung des Akteninhalts dahin ausgesprochen, daß der Bekl. von der Kl. übervorteilt worden ist und daß die Betätigung der Kl. den Gepflogenheiten der ehrbaren Kaufmannschaft wider-

spricht. — Vgl. über die Aufgaben der Gerichte gegenüber den Klagen von Schwindelfirmen. Lenz a. a. O. 29 und Bittinger, BayRpflZ. 17, 103.

28. Öffentliche Vergebung von Arbeiten. Schutzverträge. (Vgl. JDR. 15, A II 28) Colmar 25. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 51. (Der Kl. hatte anläßlich der Vergebung von Bauarbeiten mit anderen Unternehmern vereinbart, daß derjenige von ihnen, der die Übertragung erreiche, den übrigen 8% der Übernahmesumme bezahle.) Wie LG. zutreffend ausgeführt hat, sind zwischen gewerblichen Unternehmern geschlossene Verträge der hier fraglichen Art nicht sittenwidrig, solange sie nicht über ihren zu billigenden Zweck, im Einvernehmen miteinander die Angebote zu regeln und dadurch ungesunde Unterbietungen vorzubeugen, hinausgehen. Auch dann verstoßen sie noch nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten, wenn die Verpflichtung aufgenommen wird, daß der die Bestellung erhaltende Vertragsgenosse den übrigen einen prozentual oder sonstwie bestimmter Teil der Übernahmesummen herauszuzahlen hat. Es wird dadurch den anderen Vertragsgenossen eine Vergütung gewährt für ihre Auslagen und Mühewaltung bei Ausarbeitung der Angebote und zugleich der Vertragsgenosse gezwungen, nicht zu billige und deshalb unangemessene Preise zu stellen. (Verstoß gegen § 138 festgestellt, weil die zu zahlende Vergütung eine übertrieben hohe war, und angenommen wurde, daß der Bewerber, um selbst noch einen angemessenen Verdienst zu erzielen, dem Bauherrn gegenüber die Preise unverhältnismäßig hoch berechnete.)

29. Sicherungsübereignung. a) **RG.** 5. 12. 16, JW. 17, 217, LeipzZ. 17, 469, R. 17 Nr. 157. Sittenwidrigkeit verneint, weil der Schuldnerin nach Übereignung ihrer Waren und Rohmaterialien noch beträchtliche Vermögenswerte, vor allem die ausstehenden Forderungen, die Utensilien, Werkzeuge, Maschinen und Ausstattungsgegenstände blieben, weil ferner ihr ein neuer Kredit in nicht unbedeutender Höhe eröffnet wurde, und weil endlich ausreichender sachlicher Anhalt für den Willen der Parteien mangelte, die nach außen nicht hervortretende Rechtsänderung gegenüber interessierten Dritten geheim zu halten, sowie künftige Gläubiger zu täuschen und zu schädigen. Vgl. auch Marck 111. Schon die Gewährung langer Zahlungstermine zur Rückzahlung des Kredits kann, wenn das Unternehmen des Schuldners sonst auf gesunder, gewinnversprechender Grundlage beruht, dem Vertrag den „odiösen, fallbeilartigen" Charakter nehmen.

b) **RG.** 22. 12. 16, JW. 17, 282, LeipzZ. 17, 471, R. 17 Nr. 766—768. Schon im Urteile vom 17. 1. 16 (JW. 16, 478, JDR. 15 II 26a) hat RG. (IV) ausgeführt, daß nicht schon aus der Verheimlichung der Sicherungsübereignung die Sittenwidrigkeit zu folgern sei, wenn diese Maßregel ihren Grund in der Absicht hatte, den Kredit der Gemeinschuldnerin nicht zu gefährden. Bei einem solchen Beweggrunde ist die Annahme möglich, daß es sich bei der Verheimlichung nicht um eine arglistige Verschleierung des Sachverhalts zum Zwecke der Täuschung des redlichen Verkehrs handelt, sondern um die Ermöglichung einer günstigen wirtschaftl. Entwicklung der notleidenden Firma für die Zukunft. Im einzelnen lassen sich in dieser Beziehung bestimmte Normen nicht feststellen, denn die Grenze zwischen dem, was auf dem Gebiete der Kreditsicherung als erlaubt und was als sittenwidrig anzusehen ist, läßt sich abstrakt nicht fest ziehen; die Entscheidung hängt von der Lage des einzelnen Falles, dem Gesamtcharakter der getroffenen wirtschaftl. Maßnahmen ab. — Vgl. auch **RG.** 26. 4. 17, LeipzZ. 17, 1070, **RG.** 9. 10. 16, ferner c) **RG.** 6. 2. 17, ElsLothJZ. 17, 243. Handeln aus uneigennütziger Gefälligkeit, Kündbarkeit der Sicherungsübereignung und Üblichkeit des bloß kommissionsweisen Besitzes sprechen gegen eine unzulässige Knebelung.

d) Sittenwidrigkeit bejaht v. **RG.** 10. 10. 16, HoldheimsMSchr. 17, 21, LeipzZ. 17, 119. Das OLG. erblickt den Verstoß gegen die guten Sitten nicht darin allein, daß die gesamte Geschäftseinrichtung und der gesamte zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Bestand an Rohstoffen und fertigen Waren, sowie alle künftig für das Geschäft anzuschaffenden Gegenstände dem Kläger zur Sicherheit für eine bereits bestehende Forderung von 30000 M. und für einen der Bekl. verschafften Kredit von 3200 M. übereignet worden

sind, sondern wesentlich darin, daß trotz dieser, fast das ganze greifbare Vermögen des Geschäftsinhabers umfassenden Übereignung das Geschäft nach außen so weiterbetrieben werden sollte, wie wenn die übereigneten Gegenstände dem Zugriffe der übrigen Gläubiger nicht entzogen wären, — und daß die Vertragsschließenden hierdurch mit Bewußtsein jedenfalls für einen Teil der übrigen Gläubiger, insbesondere für die künftigen Lieferanten, die Gefahr des Irrtums über die Möglichkeit, aus dem Geschäftsvermögen Befriedigung wegen ihrer Forderungen zu finden, und damit die Gefahr eines erheblichen Vermögensschadens herbeigeführt haben. Dies reicht hin, um den Vertrag nach § 138 Abs. 1 als nichtig erscheinen zu lassen. Vgl. **RG.** 77, 210; 85, 344. — Siehe auch bei Knebelvertrag Nr. 16.

30. Strafklausel. **RG.** 27. 4. 17; 90, 181, JW. 17, 708. (Kl. war, ohne festes Gehalt zu beziehen, in Abstufungen von 25 bis 30 v. H. am Reingewinn des Geschäfts beteiligt, konnte von seinem Gewinnanteil nur Jahresbeträge von 3600—5000 M. abheben; Mindesteinkommen war nicht gewährleistet. Zur Sicherung etwaiger Ansprüche der Gesellschaft hatte er 10000 M. einzuzahlen. Diese sowie sein gesamtes Geschäftsguthaben sollten als Strafe verfallen, wenn der Kl. einer seiner Vertragsverpflichtungen zuwiderhandelte.) Die Strafbestimmung ist nicht nur hart, sondern sie verstößt auch gegen den Anstand, welchen nach gesunder Verkehrsauffassung ein jeder bei Regelung seiner geschäftlichen Beziehungen zu Untergebenen beobachten muß. Die Möglichkeit, bei dem geringsten Ungehorsam seine Ersparnisse und den Ertrag seiner — vielleicht mehrjährigen — Tätigkeit bei den Bekl. aufs Spiel zu setzen und alle seine Zukunftshoffnungen zu gefährden, waren geeignet, einen ständigen Druck auf den Kl. auszuüben, seine Entschließungen in ungebührlicher Weise zu beeinflussen und ihn zu einem willfährigen Werkzeug in der Hand der Bekl. zu machen.

31. Feststellung der Unehelichkeit. Starck 567. Da das Gesetz Rechtshandlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen, nicht zuläßt, so folgt daraus, daß es auch der Klage des Kindes auf Feststellung seiner Unehelichkeit gegenüber der Mutter nach dem Tode des Vaters (wenn dieser gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht aus § 1539 BGB. verloren zu haben), den Rechtsschutz versagt. Denn der Grundsatz des § 138 Abs. 1 gilt für alle Rechtsgebiete.

32. Rechtsgeschäfte zwischen Personen, die in einem „Verhältnis" miteinander leben. Hamburg 1. 11. 16, OLG. 34, 11, SeuffA. 72, 47. Zwar können Personen, die in einem „Verhältnis" miteinander leben, gültige Rechtsgeschäfte miteinander eingehen, und diese haben auch dann rechtlichen Bestand, wenn sie, ohne daß das „Verhältnis" bestände, nicht eingegangen wären. Aber häufig werden diese Rechtsgeschäfte derart von unsittlichen Beweggründen und Zwecken beherrscht werden, daß das Rechtsgeschäft als die guten Sitten verletzend angesehen werden muß; so z. B., wenn ein Darlehen gegeben wird, um ein Mädchen zum Geschlechtsverkehr gefügig zu machen oder zu erhalten. In gleicher Weise kann auch der Auftrag eines Mannes an eine Frau, in eigenem Namen eine Wohnung zu mieten, unsittlich sein, wenn nämlich gerade dadurch ein unsittlicher Verkehr ermöglicht werden, oder wenn die Frau gefügig gemacht oder erhalten werden soll. — (Im gegebenen Falle wurde dies verneint, da die Mietung der Wohnung ohne Einfluß auf die seit Jahren zwischen der Kl. und dem Erblasser bestandenen herzlichen Beziehungen, Beweggrund und Zweck des Tuns seine im Testament bezeugte Dankbarkeit und Zuneigung zu ihr und die seit Jahren bestehende tatsächliche Gestaltung war, daß er ihren Unterhalt bestritt.)

33. Verlagsvertrag über das Angebot künftiger Werke. **RG.** 15. 5. 15, WarnE. 17, 403. Die Kl. hatte sich das Vorrecht ausbedungen, an den Werken der Bekl. zu den ihr von anderen Verlegern gebotenen Bedingungen, die ihr die Bekl. mitzuteilen hatte, das Verlagsrecht zu erwerben. — Eine solche Vertragsbestimmung wird im Buchhandel, namentlich bei Abschlüssen mit jungen Autoren, die noch keinen Namen haben, und bei denen diese Bindung einen gewissen Ausgleich für das vom Verleger übernommene

Risiko bilden soll, häufig vereinbart. (Über ihre Gültigkeit nach deutschem Verlagsrecht **RG.** 79, 156.) Es kann keine Rede davon sein, daß die Bekl. durch diese Vertragsbestimmung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise in ihrer freien Schaffenstätigkeit beeinträchtigt oder wirtschaftlich von der Kl. abhängig gemacht wurde. Denn die Bekl. hat das Recht, wegen des Verlags ihrer Werke sich mit jedem beliebigen Verleger in Verbindung zu setzen.

34. Zweitausendmarkvertrag. a) Glücksohn 186. Niemand ist gezwungen, im Interesse seiner Gläubiger zu arbeiten. Nutzt aber der Schuldner seine Arbeitskraft in einer Weise aus, die den Dienstberechtigten veranlaßt, für sie einen in Geld schätzbaren Gegenwert zu gewähren, dann müssen die Gläubiger aus diesem Gegenwert in gewissem Umfange Befriedigung erlangen können, und es muß ihnen eine Möglichkeit eröffnet werden, wie sie zu ihm kommen, wenn der Schuldner ihn anderen Personen zuführt. Besonders muß das aber geschehen können, wenn diejenigen, auf welche er den Gegenwert verschiebt, mit ihm in häuslicher Gemeinschaft stehen oder nahe Familienangehörige sind, oft sogar ein sehr behagliches Leben haben, während die Gläubiger leer ausgehen.

b) Frankfurt 22. 1. 17, FrankfRdsch. 50, 259, LeipzZ. 17, 827 bejaht die Rechtsbeständigkeit des Vertrages und verneint die Sittenwidrigkeit im gegebenen Falle, da für den Ehemann und Vater auch die sittliche und die Rechtspflicht besteht, für Frau und Kinder den Unterhalt zu gewähren, und wenn er im Widerstreit beider Pflichten der letzteren genügt, dies nicht als unsittlich bezeichnet werden kann.

c) Königsberg 6. 3. 17, PosMSchr. 17, 4 hält an **RG.** 81, 45 fest. Der Schuldner hatte Frau und 4 Kinder zu versorgen und bezog bei den Bekl. 1500 + 1260 M., also gerade soviel, um den notdürftigen Unterhalt für sich und seine Familie zu beschaffen. Er handelte nicht unsittlich, wenn er versuchte, diese Beträge seiner Familie sicherzustellen, da er ihr und sich nicht einen unangemessen hohen Betrag, sondern nur den zur Erhaltung der notdürftigen Lebensführung angemessenen zu sichern versuchte.

d) Vorschläge zur Gesetzesänderung. Baum 83.

B. Abs. 2. Wucher.

I. Wucher oder Verstoß gegen die guten Sitten. a) München 8. 5. 16, OLG. 34, 11. (Es wird festgestellt, daß eine eigentliche Notlage des Kl. nicht nachgewiesen sei, die Bekl. aber die außergewöhnliche Zeit auf dem Geldmarkt in den ersten Kriegsmonaten in eigennütziger Weise ausgenutzt und eine ganz außergewöhnlich hohe und übermäßige Vergütung gefordert hätten.) Ein derartiges Verhalten zu einer für den größten Teil des Volkes überaus schwierigen Zeit, die, um das gemeinschaftliche Durchhalten zu ermöglichen, jedem einzelnen gebietet, seine Interessen in den Hintergrund zu stellen, jedenfalls verbietet, dem Volksgenossen sein wirtschaftliches Fortkommen und Weiterbestehen unnötig zu erschweren, bezeichnet das Volk als unsittlich. Allerdings können die einzelnen Merkmale des § 138 Abs. 2 nicht auseinander gerissen und selbständig als für sich allein die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 erfüllend behandelt werden. Wenn jedoch zu einem Teil des Tatbestandes des Wuchers noch besondere Umstände kommen, dann kann der Tatbestand des § 138 Abs. 1 erfüllt werden (**RG.** 83, 112). Vgl. andererseits Hamburg 20. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 70, OLG. 35, 304, betr. die Abtretung künftiger Erbansprüche an den Gläubiger einer viel geringeren Forderung, wo Verstoß wider die guten Sitten lediglich wegen einer Voraussetzung des Wuchers im Anschluß an **RG.** 64, 181 und 72, 69 verneint wurde.

b) Ausbeutung der geistigen Minderwertigkeit des Vertragsgegners. **RG.** 23. 5. 17, JW. 17, 897, LeipzZ. 17, 1129, R. 17 Nr. 1563, WarnE. 17, 365. Allerdings hat das RG. wiederholt ausgesprochen, daß das arglistige oder sittenwidrige Verhalten einer Partei bei dem Abschlusse eines nicht an sich unerlaubten Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit aus § 138 nicht begründen könne, dazu vielmehr ein Verstoß beider Parteien gegen die guten Sitten erforderlich sei (vgl. **RG.** 78, 353). Dabei hat es sich aber um Fälle

gehandelt, in denen das Verhalten einer Partei nicht gegenüber der anderen Partei, sondern gegenüber Dritten sich als sittenwidrig darstellte. Andererseits ist anerkannt, daß die Ausbeutung der erkannten geistigen Minderwertigkeit des Vertragsgegners, ebenso wie die Ausbeutung von Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit, die Nichtigkeit des Geschäfts gemäß § 138 jedenfalls dann nach sich zieht, wenn der Ausbeutende sich dadurch Vorteile verschafft hat, welche in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen und sich deshalb als wucherische i. S. des Abs. 2 des § 138 darstellen (**RG.** 67, 393; 72, 69, JW. 15, 392).

2. Nichtigkeit eines Wuchergeschäfts gegen den Willen des Bewucherten. a) Reichel, LeipzZ. 17, 654. Die Nichtigerklärung eines wucherischen Vertrages gegen den nachdrücklich erklärten Willen der betroffenen Partei enthält stets und ausnahmslos eine Härte gegen die Partei. Zum allermindesten muß daher gefordert werden, daß eine Nichtigerklärung „von Amts wegen" nur dann erfolgt, wenn klare Tatsachen, nicht aber schon dann, wenn bloße Vermutungen und Zukunftsberechnungen ihr zugrunde gelegt werden. (Weiter wird hervorgehoben, das geltende deutsche und österreichische Individualwucherrecht sei immer noch zu polizeistaatlich gedacht, die Anfechtbarkeit anstatt der Nichtigkeit von Amts wegen — Art. 21 Schweiz. ObligR. — oder entsprechend § 782 des Ung. Entwurfs die Wahl zwischen Wandlung und Minderung zu empfehlen.)

b) Bovensiepen, DJZ. 17, 606. In allen Fällen müßte dem Bewucherten das Wahlrecht zustehen, ob er den Vertrag als wirkungslos behandelt wissen will, oder die von ihm dem Wucherer gewährten Leistungen oder zugesagten Vergütungen nachträglich durch Richterspruch auf ein angemessenes Maß herabgesetzt werden sollen.

II. Besonder Fälle: 1. Gesellschaftsauseinandersetzung nichtig wegen Bewucherung des verbleibenden Gesellschafters durch den Austretenden. **RG.** 19. 1. 17, R. 17 Nr. 337.

2. Ungültigkeit eines Inkassovertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und wegen Wuchers AG. Breslau 21. 2. 17 und LG. Breslau 18. 6. 17, BreslauAK. 17, 47.

3. Anfechtung eines Prozeßvergleichs wegen Wuchers. **RG.** 4. 11. 16, R. 17 Nr. 336.

4. Kriegswucher. Reichel*, DStrafrZ. 17, 142. Kriegswuchergesetze betreffen bloß Absatz im Inland, nicht Export ins Ausland; daher ist einschränkende Auslegung geboten (auch in privatrechtlicher Beziehung).

5. Spionagebetrug. Reichel*, GroßA. 65, 176. Aus Spionageverträgen wird auch nach neutralstaatlichem Recht keine Vergütung geschuldet.

C. Gemeinsame Grundsätze für Abs. 1 u. 2. Klein* 77. § 138 Abs. 1. u 2 kommen nur für das (schuld-) begründende Rechtsgeschäft, nicht aber für das durch dieses Rechtsgeschäft begründete Schuldverhältnis in Betracht. Gegen Frankenburger, Bay.-RpflZ. 17, 9—11.

§ 139.

1. Anwendung bei teilweiser Nichtigkeit. **RG.** 16. 5. 17, LeipzZ. 17, 1257, R. 17 Nr. 1773, 1774, WarnE. 17, 264. § 139 findet auch dann Anwendung, wenn die einen Teil des Vertrages bildende Vereinbarung nach §§ 138, 134 nichtig ist.

2. Verwirkung des Gesellschaftsrechts. **RG.** 9. 6. 17, LeipzZ. 17, 1124. Vereinbart war in § 15 eines Gesellschaftsvertrages, daß im Falle der Abtretung von Ansprüchen aus der Gesellschaft der Verlust aller Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen eintreten und der Gesellschafter verpflichtet sein solle, die im Vertrage bewilligte Grundschuld löschen zu lassen. Der Bekl., dem ein Gesellschafter die Grundschuld abgetreten hatte, machte Nichtigkeit des § 15 geltend, da die Verwirkung des Gesellschaftsrechts und aller Ansprüche an die Gesellschaft auch für den Fall im Vertrage vorgesehen sei, daß ein Gesellschafter in Konkurs gerate, oder daß Pfändungen gegen ihn ausgebracht seien, also für Fälle, die ihn ohne alles Verschulden hätten treffen können. RG. bejaht die Anwendbarkeit des § 139, da ein zusammengesetztes, dem Wesen nach teilbares Rechtsgeschäft

vorliege. Sieht der § 15 für mehrfache, an sich voneinander unabhängige Fälle die gleiche Rechtsfolge der Rechtsverwirkung vor, indem er die verschiedenen Fälle einheitlich zusammenfaßt, so kann man sich diese Bestimmung auch in so viele Einzelbestimmungen, jede die gleichen Rechtsfolgen androhend, zerlegt denken, als in § 15 Fälle vorgesehen sind. (Das OLG. hatte daher mit Recht geprüft, ob der Ausnahmefall des § 139 gegeben sei, d. h. die Gesellschafter die eingangs erwähnte Abrede auch ohne den vom Bekl. für unbedingt nichtig erachteten Teil der Vereinbarungen getroffen haben würden.)

3. Nachträglicher Wegfall des Schiedsgerichts. **RG.** 21. 11. 16, JW. 17, 214, LeipzZ. 17, 330, R. 17 Nr. 160. Die Frage, wer über Streitigkeiten aus dem Vertrage zu entscheiden hat, tritt gegenüber dem materiellen Inhalt des Vertrages gewöhnlich derart in den Hintergrund, daß es der konkreten Begründung bedürfte, um im einzelnen Fall eine Abhängigkeit des Vertrages von der erwähnten Klausel annehmen zu können. (Nachträglicher Wegfall der Londoner Schiedsgerichtsklausel, vgl. zu § 1033 ZPO.)

4. Aufrechterhaltung eines wirtschaftlichen Vereins, der die erstrebte Rechtsfähigkeit nicht erlangt hat, als nichtrechtsfähigen Vereins. **RG.** 17. 1. 17, BankA. 16, 357, GruchotsBeitr. 61, 463, LeipzZ. 17, 532, R. 17 Nr. 333, WarnE. 17, 110. Auch für die zu wirtschaftlichen Zwecken geplanten Rechtsgebilde muß daran festgehalten werden, daß es bei der Bestimmung ihrer rechtlichen Natur von ausschlaggebender Bedeutung ist, welches Rechtsgebilde die Gründer haben zur Entstehung bringen wollen (**RG.** 74, 373). Auch wenn die Beteiligten mit dem Willen und in dem Glauben gehandelt haben, ein rechtsfähiges Gebilde zu schaffen, so ist damit die Annahme nicht unverträglich, daß immerhin auch die Schaffung eines nicht rechtsfähigen Vereins als gewollt zu gelten hat. — (Im gegebenen Falle wurde verneint, daß die Beteiligten bei der Kenntnis von der Nichtigkeit der nach gothaischem Recht gegründeten Gewerkschaft sich für die zulässige Gründung eines nicht rechtsfähigen Vereins entschieden haben würden.)

5. Bedeutung einer Abrede gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 des Ges. betr. Abwälzung des Warenumsatzstempels v. 30. 5. 17. Kloß 739. Nach § 1 a. a. O. ist für Lieferungen aus Verträgen, die nach dem 30. 9. 16 abgeschlossen sind, der Lieferer nicht berechtigt, den auf die Lieferung oder deren Bezahlung entfallenden Umsatzstempel dem Abnehmer neben dem Preise ganz oder teilweise gesondert in Rechnung zu stellen. Auf eine Vereinbarung, die § 1 Abs. 1 Satz 1 entgegensteht, kann sich der Lieferer nicht berufen. Diese letztere Bestimmung muß etwas Besonderes bedeuten. Die Besonderheit kann nur darin liegen, daß die Unwirksamkeit der Nebenabrede auf letztere beschränkt bleibt, § 139 also nicht Geltung hat. Der Lieferer kann demnach nicht wegen der Unwirksamkeit der Nebenabrede über die Abwälzung der Abgabe den ganzen Vertrag als nichtig behandeln und die Lieferung verweigern, ebensowenig kann der Abnehmer die Nichtigkeit des Vertrages herleiten. Die Auslegung steht mit dem Zwecke des Gesetzes im Einklang, das den Abnehmer gegen die Erstattungsforderung des Lieferers schützen will.

6. **RG.** 28. 9. 16, JDR. 15, II 1 jetzt auch BankA. 16, 327.

§ 140.

Hamburg 12. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 174. Ist in einem Vertrage dasjenige Rechtsgeschäft, das nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien zum Ausdruck gebracht werden soll, an sich gültig, so wird diese Gültigkeit nicht dadurch beeinflußt, daß etwa der Vertrag in der Form, welche die Parteien zum Ausdruck ihres Vertragswillens gewählt haben, wegen Formmangels nichtig ist. (Die Kl. hatte sich als Teilhaberin eines Gesamtguts verpflichtet, gegen Entgelt ihre Zustimmung zur Auflassung eines Hofs zu geben, dieser Vertrag konnte formlos geschlossen werden, es war daher unerheblich, daß der Vertrag, soweit er eine Verfügung über das Gesamtgut enthielt, ungültig war.)

§ 142.

1. Keine Beseitigung der durch begründete Anfechtung herbeigeführten Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts durch beiderseitiges Einverständnis der

Parteien. Dresden 19. 10. 16, SächsOLG. 38, 197. Wäre die Anfechtungserklärung wirksam gewesen, so würde der Darlehnsvertrag nichtig sein, und daran könnte es auch nichts ändern, wenn die Parteien im Prozesse darüber einig gewesen wären, daß die Anfechtung die ihr innewohnende Wirkung nicht haben solle, denn die Nichtigkeit tritt mit der Wirksamkeit der die Anfechtung enthaltenden Erklärung unmittelbar ein; eine berechtigte Anfechtungserklärung ist unwiderruflich und kann selbst durch Einverständnis beider Teile nicht mehr beseitigt werden (**RG.** 74, 3; 87, 259).

2. Verhältnis der Anfechtung wegen Arglist zur Geltendmachung von Ansprüchen aus der Gewährleistung. **RG.** 17. 5. 16, WarnE. 17, 116. Ein Vertrag wird nicht schon dadurch unwirksam oder nichtig, daß er angefochten wird; als von Anfang an nichtig anzusehen ist ein angefochtenes Rechtsgeschäft nach dem § 142 Abs. 1 vielmehr nur dann, wenn es „anfechtbar ist", wenn bei ihm also die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen es nach gesetzlicher Vorschrift angefochten werden kann. Und hieraus läßt sich für den Fall, daß in derselben Klage die Anfechtung eines Kaufvertrages und Gewährleistungsansprüche daraus geltend gemacht werden, nur folgern, daß das Gericht zunächst zu erörtern hat, ob die Anfechtung mit Recht erfolgt ist, und auf die Erörterung der Gewährleistungsansprüche nur eingehen kann, wenn es nicht zur Bejahung der Frage gelangt (WarnE. 13, 237).

§ 144.

1. Kann der eine Bestätigung enthaltende Verzicht im voraus erklärt werden? May 787 verneint die Frage in entsprechender Anwendung des § 276 BGB. Bei arglistiger Verletzung der Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer geschieht aber das arglistige Handeln bei Ausfüllung und Einreichung des Fragebogens, und der Vertragsschluß, bei welchem auf Anfechtung wegen arglistiger Täuschung verzichtet wird — indem schlechthin nach Ablauf einer gewissen Frist die Unanfechtbarkeit der Police ausgesprochen wird — erfolgt erst nachher. Es liegt weder ein gesetzlicher noch ein sachlicher Grund vor, die Versicherer von den Folgen ihres Verzichtes, für den sie den Gegenwert in der Prämie und in der Werbekraft ihrer Bedingungen finden, zu befreien.

Ebenso Kisch 1109. Der Schutz der Partei gegen ihre eigenen Willensmängel ist von so grundlegender Wichtigkeit, daß man eine vertragliche Einschränkung dieses Schutzes nicht wird zulassen dürfen. Anders dagegen verhält es sich, wenn in einem besonderen Falle das Anfechtungsrecht schon erwachsen und der Partei bewußt geworden ist.

2. Bestätigung anfechtbarer und nichtiger Testamente. Natter 81. Zu vgl. zu § 2078 BGB.

Dritter Titel. Vertrag.

Schrifttum: Abel, Zur Kriegsklausel nach österr. R., JW. 17, 17. — Crome, Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege, AZivPr. 115, 1. — Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts, ABürgR. 42, 296. — Ernst Fuchs, Zur Kriegsklausel, JW. 17, 323. — Ernst Fuchs, Zur juristischen Neuorientierung, JW. 17, 504. — Gustav Fuchs, Der Einfluß des Krieges auf bestehende Lieferungsverträge und verwandte Vertragsverhältnisse nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (2), 1916; 1917. — Gustav Fuchs, Übergangswirtschaft und unerledigte Friedenskontrakte, AÖstGZ. 17, 241. — Fleischmann, Grenzen der Rechtswirksamkeit einer Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen, GruchotsBeitr. 61, 689. — Gottschalk, Die Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht, 1917. — Plum, Der Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung, JW. 17, 943. — Starke, Lieferungsverträge unter Einfluß des Krieges (2), 1917. — Wüstendörfer, Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues, HansRZ. 1, 106.

§ 145.

Bedeutung des Angebots „Preise freibleibend". **RG.** (Strafs.) 12. 12. 16, **RG.** (Strafs.) 50, 81, SächsRpflA. 17, 143. Wenn ein Käufer um Auskunft über die Lieferungsbereitschaft und die Preise bittet und der Verkäufer auf diese Anfrage antwortet, so verlangt in der Regel weder der Anfragende ein bindendes Angebot, noch will es der

Antwortende geben. Der Ausdruck „Offerte" ist hierbei nicht notwendig entscheidend. Aber auch wenn der Käufer den Verkäufer auffordert, ihm ein bindendes Angebot zu machen, dieser jedoch die Gebundenheit bei seiner Gegenerklärung ausdrücklich hinsichtlich einer wesentlichen Vertragsbestimmung, nämlich des Verkaufspreises ablehnt, so ist der Verkäufer eben dem Ansuchen nicht nachgekommen, und hat kein ihn bindendes Angebot gemacht. Vgl. JDR. 15, 3, Hamburg 14. 7. 16 jetzt auch HansGZ. 17 Hptbl. 24, OLG. 34, 14, AG. (Nordhausen?), NaumburgAK. 17, 31, Hamburg 3. 6. 17, OLG. 35, 307, KG. 12. 10. 17, OLG. 35, 307 Anmerk. 1, die alle davon ausgehen, daß, wer freibleibend anbietet, sich freie Hand vorbehält und der Vertrag erst dann zustande kommt, wenn der Antragende nach Eingang der Annahmeerklärung, die ihrerseits einen Antrag i. S. des § 145 darstellt, den Antrag nicht ablehnt. Ebenso Österr. OGH. 31. 5. 17, AÖstGZ. 17, 421 (bloßes Anerbieten zu einem Kaufvertrage).

§ 147.

1. Bedeutung der Annahme eines mittels Fernsprechers gemachten, vom Annehmenden mißverstandenen Antrags. **RG.** 20. 4. 17; 90, 166, DJZ. 17, 897, JW. 17, 654. Hat bei einem solchen Gespräch der eine Teil zu der von dem anderen Teile ausdrücklich abgegebenen Erklärung sich in einem zustimmenden Sinne geäußert, weil er die Erklärung des anderen Teiles falsch verstanden hatte, so mögen zwar Zweifel darüber bestehen können, ob ein Vertrag zustande gekommen ist und der Erklärende seine Zustimmung wegen Irrtums anfechten kann oder ob bei dem Auseinanderfallen der beiderseitigen Erklärungen mangels Willenseinigung ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist. Aber keinesfalls kann derjenige, der seine Erklärung infolge seines falschen Verstehens irrtümlich abgegeben hat, nun dasjenige, was er irrtümlich als vom Gegner erklärt angenommen hatte, als wirklich erklärt und als Vertragsinhalt seinen Ansprüchen zugrunde legen.

2. Tragweite des Abs. 1 S. 2. Braunschweig 25. 5. 17, OLG. 35, 309. Weder nach dem Gesetz noch nach Handelsgebrauch ist der Satz zu begründen, daß der mit der Bedienung des Fernsprechers Beauftragte infolgedessen bevollmächtigt sei, rechtsgeschäftliche Willenserklärungen für den Kaufmann abzugeben oder Angebote in seinem Namen anzunehmen.

3. Vertragsabschluß unter Abwesenden im Kriege. LG. Straßburg KfHS. 13. 6. 17, LeipzZ. 17, 1020. Würde die Bekl. in gewöhnlichen Friedenszeiten zwar mit Recht sich darauf berufen können, daß die erst nach 8 Tagen geschehene Annahme ihres Angebots verspätet sei, daß sie insbesondere darauf rechnen konnte, die von Straßburg i. E. nach L. in Oldenburg gesandten Muster würden dort in wenigen Tagen eintreffen, so können doch diese Erwägungen in der gegenwärtigen Kriegszeit nicht standhalten. Durch den Krieg sind allgemein, besonders auch für Sendungen von und nach Elsaß-Lothringen infolge der Beschränkung der Transportmittel und der Paketkontrolle, so erhebliche Störungen und Verzögerungen in der Beförderung durch die Post und Eisenbahn eingetreten, daß gegenwärtig die Beförderungsdauer von einer Woche für ein Paket von Straßburg nach einem Ort in Oldenburg nicht außergewöhnlich erscheint.

§§ 148, 149.

Angebot „Kehrdraht". Kiel 26. 6. 16, OLG. 35, 310. Auch bei strenger Auslegung des mehrdeutigen Ausdrucks „Kehrdraht" konnte die Bekl. nicht erwarten, daß der Kl., der erst um 1 Uhr das Angebot erhalten hatte, früher als im Laufe des Nachmittags darauf antworten würde. — Es wurde ferner angenommen, daß die Bekl. auch die Verspätung der Annahmeerklärung (§ 149) dem Kl. telegraphisch anzuzeigen verpflichtet war.

§ 150.

Bedeutung des Zusatzes „Drahtzusage" bei telegraphischer Annahme eines Angebots. Kiel 19. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 185. Trotzdem dem Telegrammtext

noch das Wort „Drahtzusage" folgte, konnte doch der Bekl. nach Empfang des Telegramms der Kl. kaum im Zweifel sein, daß der Vertrag nunmehr fertig abgeschlossen war, und daß die Kl. mit dem Wort „Drahtzusage" nicht etwa Annahme eines von ihr, der Kl., ausgehenden Angebots, vielmehr nur eine nochmalige Bestätigung, wie sie im Handelsleben vielfach erfolgt, begehrte. (Zum mindesten wurde das Schweigen des Bekl. „als Vollendungsakt des gültigen Vertrages" angesehen.)

§ 151.

1. Stillschweigender Vertragsschluß über Krankenhausbehandlung. Karlsruhe 7. 3. 17, OLG. 35, 311. Ein an Verfolgungsideen leidender Kranker wurde auf Veranlassung seiner 15jährigen Tochter durch Schutzleute in ein Krankenhaus gebracht, darin ein Vertragsantrag für ihn erblickt, dessen Annahme durch die Unterbringung in eine Abt. des Krankenhauses gemäß § 151 Satz 1 erfolgte. Die fehlende Vertretungsmacht der Tochter wurde durch die spätere Genehmigung des wiedergenesenen Kl. ersetzt.

2. Bindendes Vertragsangebot ohne zeitliche Grenze. **RG.** 17. 2. 17, R. 17 Nr. 771. (Vertragsantrag von Straßenanliegern an eine Stadtgemeinde über die Abtretung von Grundstücksteilen zum Ausbau einer Straße.) Nach §§ 152, 151 Satz 2 kann auch aus dem Antrag, abgesehen von einer bestimmten Fristsetzung, der Wille der Antragenden bezüglich des Zeitpunkts, in dem der Antrag erlöschen soll, entnommen werden. In dieser Beziehung ist in Betracht zu ziehen, daß die fraglichen Angebote von Straßenanliegern gemacht worden sind, die ein wesentliches Interesse an der Herstellung der Straße hatten, und daß die Antragsempfängerin eine Stadtgemeinde war, die erst in Erwägung treten mußte, ob die Straße nach Lage der Umstände und der Zeitverhältnisse auszuführen sei. Mit Rücksicht hierauf kommt in Frage, ob nicht die Antragenden es ganz dem Ermessen der bekl. Stadtgemeinde anheimgegeben haben, wann diese durch Annahme der Angebote die Verträge zum Abschluß bringen wollte, und ob sie nicht so lange an ihre Angebote gebunden sein wollten, bis etwa die Bekl. die Ablehnung erklärte, oder doch, ob sie nicht gewollt haben, daß ihre Anträge erst dann erlöschen sollten, wenn die Bekl. eine ihr, nachdem etwa eine wesentliche Änderung der Sachlage eingetreten wäre, nachträglich gesetzte Frist hätte verstreichen lassen, ohne die Annahme der Angebote zu erklären.

3. Rechtliche Natur des Verzichts im Falle des § 151. Du Chesne 317. Das Gesetz behandelt als regelmäßige Gestaltung des Vertragsschlusses den Tatbestand: Vertragswille, Vertragsantrag; Annahmewille, Annahmeerklärung. Denn im Zweifel hat der Antragende ein schutzwürdiges Interesse, bestimmte Kenntnis von der Annahme seines Antrags zu erlangen, um seine sonstige Gebahrung mit seinem Vermögen danach einzurichten. Nun kann es aber recht wohl geschehen, daß dieses objektive Interesse einmal dem Willen des Antragenden nicht entspricht und von ihm nicht in Anspruch genommen wird. Dann ist es ihm vom Gesetze gestattet, den Vertragstatbestand: Vertragswille, Vertragsantrag; Annahmewille zu wählen und nach diesem Tatbestand einen gültigen Vertrag abzuschließen, zu dem in solchem Falle der bloße unerklärte Annahmewille des Gegners genügt. Der Verzicht ist auch hier Verzicht auf den Schutz und die Sicherheit, die dem Antragenden das regelmäßig gesetzl. Erfordernis der Annahmeerklärung gewährt; auch dieser Verzicht kommt aber nur als Beweggrund für die Wahl des Ausnahmevertragstatbestandes zur Erscheinung. Daraus folgt auch hier, daß er auf die Form des zufolge des Verzichts vorgenommenen Rechtsgeschäfts keinen Einfluß hat.

4. Verzicht auf die Restforderung durch Erhebung einer Teilklage angenommen von Posen 13. 7. 17, PosMSchr. 17, 61. (Es war gesagt: „Der Kl. will — von 4900 — nur 1600 Mk. geltend machen." Die Annahme wurde darin gefunden, daß der Bekl. die Forderung von 4900 M. bestritten hatte. → Die Entsch. ist bedenklich ←.)

§ 154.

Zur Auslegung des Abs. 2. 1. **RG.** 20. 4. 17, DJZ. 17, 898. Ein im Anschluß an einen mündl. Vertragsschluß ausgehändigtes Bestätigungsschreiben hat in der Regel

und soweit nicht besondere Umstände eine abweichende Willensmeinung der Vertragschließenden erkennen lassen, nur die Bedeutung einer Beweisurkunde für den Abschluß des Geschäftes.

2. Schiffsbauverträge. Wüstendörfer 110. Im Zweifel kommt der Schiffsbauvertrag erst mit der schriftl. Bestätigung des Bauvertragsschreibens zustande. Das bestätigte Bauvertragsschreiben hat die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhalts für sich. Vgl. auch zu § 127 BGB.

3. Üblichkeit schriftlicher Form bei Theaterverträgen. München 29. 12. 16, SeuffA. 72, 117. In Theaterkreisen ist ausnahmslos der schriftl. Abschluß aller Dienstverträge mit Schauspielern und Sängern üblich. Dies geschieht nicht bloß zur Herstellung der den Beweis ermöglichenden Urkunden für die Archive der Theaterdirektionen, sondern zur Festlegung der eingehenden Bestimmungen über Spielgelder, Gastspiele, Urlaub u. a. Nach dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsteile ist die Gültigkeit des Anstellungsvertrags der Sänger und Schauspieler von seiner schriftl. Abfassung abhängig.

§ 157.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemeines. 1. Die Rechtsnatur der Gesetzesvorschrift. Die falsche Auslegung eines Vertrages als Revisionsgrund. Fuchs JW. 17, 504 bekämpft Oertmann (Rechtsordnung und Verkehrssitte 488ff.), der grundsätzlich die falsche Auslegung eines Vertrages von der Revision ausschließt. Der Unterschied zwischen einer rechtsgeschäftl. Verkehrssitte, die den Vertrag auslegt oder ergänzt (§ 157) und einer objektivrechtl. Verkehrssitte, die das Gesetz auslegt oder ergänzt (§ 242), ist unhaltbar, unrichtig auch der Satz Oertmanns, daß von der Subsumtion und der Verkehrssittenfrage die Falschauslegung des Vertrages verschieden sei. Es gibt keine Grenzlinie zwischen dem Gebiet, wo eine falsche Vertragsauslegung nicht zugleich die §§ 133, 157 verletzt, und dem Gebiet, wo ein solcher Verstoß anzunehmen ist. Die falsche Auslegung einer Vertragsnorm verletzt mehr oder weniger zwei Obersätze: unmittelbar die sog. lex contractus und mittelbar die lex selbst, nämlich die §§ 133, 157. — Die Rechtspr. des RG. in der Frage der Revision bei Vertragsauslegung entbehrt der Einheitlichkeit (wird näher ausgeführt). — Was Treu und Glauben verlangt, hängt verstärkt von der Sach- und Lebenskunde und der ganzen Persönlichkeit des Richters ab. Um so mehr brauchen wir auch rechtspolitisch gerade hier einen obersten Areopag. Es ist ein dringendes Gebot der Gerechtigkeit, daß endlich die Verschiedenheit der Senatsrechtspr. in dieser Frage beendet und die Revisionsfähigkeit der Vertragsauslegung an die Vollversammlung der Zivilsenate gebracht wird.

2. Verkehrssitte und zwingendes Recht. KG. 23. 11. 16, JW. 17, 113. Wenn man auch annehmen will, daß die Verkehrssitte da, wo es sich um die Auslegung von Verträgen und von Rechtsgeschäften überhaupt, sowie um die Bewirkung von Leistungen handelt, auch dem geschriebenen Gesetze gegenüber zu beachten ist, so ist doch zu verneinen, daß eine Verkehrssitte Gesetzesvorschriften zwingenden Inhalts beseitigen kann. Eine solche Wirkung könnte höchstens ein Reichsgewohnheitsrecht haben.

3. Verhältnis zu § 133 BGB. **RG.** 1. 4. 16, IDR. 15 I 1 jetzt auch Gruchots Beitr. 61, 113.

II. Vorbehalt der veränderten Umstände.

Berücksichtigung des stillschweigend Selbstverständlichen. 1. Im allgemeinen. a) Crome 49. Es gibt einen Kreis des stillschweigend Selbstverständlichen, das, weil es selbstverständlich ist, dem im Vertrag ausdrücklich Erklärten gleichsteht. Es ist nichts willkürlich bloß von einer Seite Vorausgesetztes und dem Gegner beim Vertragsschluß Erkennbares, es ist nicht einmal eine zwar beiderseits gehegte aber sonst willkürliche Voraussetzung; sondern der Inhalt ergibt sich objektiv aus den allgemeinen Verkehrsgrundsätzen. Was nach diesen selbstverständlich ist, darf man beiderseits bei dem Vertragsschlusse auch stillschweigend voraussetzen. Es ist immanenter, beide Parteien gleichmäßig angehender Vertragsinhalt. Seine Berücksichtigung ist nach §§ 133, 157, 242 BGB. geboten. (Im Gegensatz zur Windscheid'schen Voraussetzung und im Anschluß an Lenel, AZivPr. 79, 105.)

b) Für allgemeine Geltung der Klausel Fleischmann 731. Die sog. soziologische Rechtsfindung oder Interessenjurisprudenz unserer Zeit, die die Beobachtung des Lebens und der Bedürfnisse des Verkehrs, die Erforschung der Interessenlage und Interessenkonflikte in den Vordergrund stellt, wird sich nicht eines Rechtsbehelfs entschlagen dürfen, der mit den Jahrhunderten seiner Wirksamkeit eine innere Berechtigung bereits dargetan hat. Erwägt man den Zusammenhang und die wechselseitige Bedingtheit von Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspr., so ist der Standpunkt des BGB. anders zu bewerten, als man es rückschauend bisher noch vielfach beliebte. Es ist eine Absage an die absoluten Leugner der clausula rebus sic stantibus (739).

(In bezug auf die besprochene Frage der Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen gelangt F. zu dem Ergebnis (746): Wenn sich die Verhältnisse so ändern, daß das Verharren am Worte vitale Interessen des Unternehmens berühren würde, büßt die Tarifabrede ihre Kraft ein.)

c) Ähnlich Starke 9. Die bloße Veränderung der Wirtschaftsverhältnisse rechtfertigt nicht, an dem Bestande von Verträgen zu rütteln. — Treten aber in dem Tatbestande, den die Parteien zur Grundlage ihrer Vertragsregelung gemacht haben, wesentliche Änderungen ein, so ist durch Auslegung des gemeinsamen Vertragswillens festzustellen, ob für diesen Fall die Parteien eine Aufrechterhaltung des Vertrages noch gewollt haben. Würde ferner die Erfüllung des Vertrages dem Geschäfts- oder Wirtschaftszweck des Vertrages widerstreiten oder den Vertragsleistungen einen anderen Inhalt geben, so kann Erfüllung nicht beansprucht werden.

2. Aus der Rechtsprechung. a) Rücktritt von einem Bierabnahmevertrag. α. Darmstadt 15. 12. 16, HessRspr. 18, 7. Wie **RG.** 60, 59 ausdrücklich hervorgehoben hat, ist die Prüfung der Frage nicht ausgeschlossen, ob im einzelnen Falle oder auch bei einer ganzen Gattung von Verträgen nach der Absicht der Parteien und der Natur der Verträge nicht ein Auflösungs- oder Rücktrittsrecht gegeben ist unter Beachtung dessen, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und hergebrachte Gewohnheiten und Anschauungen erfordern. Das gilt in erhöhtem Maße, wenn es sich um einen Vertrag handelt, der wie der Bierabnahmevertrag zu einer Gattung von Verträgen gehört, die eine besondere wirtschaftl. Bedeutung haben. Man wird sich die Frage vorzulegen haben, ob nach Inhalt, Zweck und wirtschaftl. Bedeutung eines solchen Vertrags von der Brauerei die Verpflichtung übernommen sein sollte, auch dann noch Bier an den Wirt zu liefern, wenn die Fortsetzung ihres Betriebs sie vor die schwersten Verluste, vielleicht den Bankerott stellen würde, und die Betriebseinstellung zu einer unabweisbaren Notwendigkeit geworden war. (Wird im gegebenen Falle verneint.)

β. Im Falle München 18. 6. 17, JW. 17, 776, SeuffA. 72, 249 hatten die Kl. sich durch Vertrag v. 1. 7. 11 verpflichtet, vom Bekl. 10 Jahre lang ihren gesamten Bedarf an Bier zu beziehen, der Bierpreis war auf 16 Pfg. für den Liter festgesetzt worden. Im November 1915 verlangte der Bekl. mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse 20 Pfg. für den Liter und stellte, da die Kl. hierauf nicht eingingen, die Bier-

lieferung ein. Der Anspruch der Kl., den Bekl. zur Weiterlieferung zum alten Preise zu verurteilen, wurde abgewiesen. Das BGB. erkennt die sog. clausula rebus sic stantibus als allgemeinen Rechtssatz nicht an, — wohl aber kann die durch § 157 gebotene Auslegung des Vertrages nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dazu führen, daß eine Partei infolge veränderter Umstände an ihr Versprechen nicht mehr gebunden ist. Durch Auslegung kann der Inhalt eines Vertrages insoweit ergänzt werden, als gewisse Punkte nicht geregelt sind; auch Rechtsfolgen, an die der Erklärende gar nicht gedacht hat, können als sinngemäße Folge des in der Erklärung zum Ausdruck gebrachten Geschäftswillens erscheinen und demgemäß als von der Erklärung mitumfaßt gelten, weil die gegenteilige Annahme mit dem Inhalt der Erklärung in Widerspruch stände. — (In tatsächl. Beziehung wird ausgeführt: Es ist selbstverständlich, daß die Parteien, wenn sie bei Abschluß des Vertrages v. 1. 7. 11 die Möglichkeit ins Auge gefaßt hätten, daß der Herstellungspreis des Bieres innerhalb des vom Vertrag umfaßten Zeitraums auf mehr als 19 M. für den Hektoliter steigen werde, für diesen Fall an dem Preis von 16 M. für den Hektoliter nicht festgehalten hätten, da der Brauerei unmöglich zugemutet werden konnte, mit dem sich hieraus notwendigerweise ergebenden Verlust zu arbeiten, während der entsprechende, schon seiner Höhe nach als Kriegswucher erscheinende Gewinn ausschließlich in die Tasche des Wirts fließen würde.)

Vgl. hierzu Plum, JW. 17, 776 Anm. 7.

b) Pachtverträge. Vertragsergänzung während des Krieges. Königsberg 22. 2. 17, JW. 17, 557. Der Bekl. hatte vom Kl. dessen Schneidemühle bei Tilsit auf 10 Jahre gepachtet. Im Pachtvertrage war bei Betriebsstörungen durch Brandschaden oder Maschinenerneuerung eine Herabsetzung des Pachtzinses um ⅓ bis ½ vorgesehen. Der Betrieb der Schneidemühlen in und um Tilsit ist ausschließlich auf die Verarbeitung russischen Rundholzes angewiesen, ein Bezug von inländischem Rundholz würde schon in Friedenszeiten den Mühlenbetrieb dort unwirtschaftlich gestaltet haben. Der Pachtzinsanspruch des Kl. wurde vom OLG. abgewiesen. Es ist richtig, daß der Pachtvertrag der Parteien den Fall nicht vorsieht, daß ein Zufall, wie hier der Krieg, die Zufuhr der Rohstoffe, auf denen der Betrieb der Schneidemühle beruht, unmöglich macht. Der Richter hat aber den Vertragsinhalt zu ergänzen und zu bestimmen, wie die Parteien diesen ungeregelt gebliebenen Punkt dann geordnet haben würden, wenn sie ihn gemäß dem ganzen Vertragszweck hätten festlegen wollen und dabei nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verfahren wären. Hatten die Parteien für den Fall einer der Natur des Hindernisses nach nur vorübergehenden Betriebseinstellung in so günstiger Weise für den Bekl. vorgesorgt, so ist anzunehmen, daß sie den Bekl. von der Entrichtung des Pachtzinses gänzlich befreit haben würden, wenn sie das Ausbleiben des zu schneidenden Holzes für die Dauer eines ganzen Betriebsjahres ins Auge gefaßt hätten.

c) Kann der geschiedene Ehemann wegen veränderter Umstände Herabsetzung der seiner Ehefrau vergleichsweise versprochenen Unterhaltsrente verlangen? LG. II Berlin 10. 7. 16, KG. 10. 11. 16, KGBl. 17, 12. Das Gesetz zählt nur gewisse Fälle auf, in denen die Veränderung der Umstände Berücksichtigung zu finden hat. Zu ihnen gehört der Fall der vertragl. Unterhaltsgewährung nicht. KG. weist die Berufung zurück, indem es sich RG. WarnE. 13 Nr. 206 anschließt.

d) Grenzfälle aus Kriegslieferungsverträgen. *α*. Während des Krieges abgeschlossener Lieferungsvertrag mit dem Vorbehalt, „den Eintritt normaler Verhältnisse abzuwarten". Hamburg 8. 6. 17, HansGZ. 17, Hptbl. 245. Es mag sein, daß Bekl., als sie im Juli 1915 den Auftrag annahm, mit einer baldigen Beendigung des Krieges und mit der dadurch gegebenen Möglichkeit der Wiederaufnahme des Betriebes rechnete, derart, daß vielleicht die Lieferzeit (September) nicht wesentlich überschritten werde. Sie wollte aber lediglich den binnen kurzem erwarteten Eintritt normaler Verhältnisse abwarten. Durch die lange Dauer des Krieges und die dadurch bedingte Veränderung aller wirtschaftlichen Verhältnisse hat die von der Bekl. nach Wieder-

aufnahme des Betriebes — die den Umständen nach offensichtlich frühestens nach Beendigung des Krieges erfolgen wird — angenommene Leistung einen ganz anderen wirtschaftl. Inhalt, als die, die sie versprochen hat. (Wird näher ausgeführt.)

β. Ausschließung des Rechts, die Lieferung unter Bezugnahme auf die Kriegsverhältnisse zu verweigern, wenn wegen dieser Verhältnisse eine vergleichsweise Heraufsetzung des Kaufpreises stattgefunden hat. Dresden 1. 2. 17, JW. 17, 864. Soweit die Bekl. behaupten will, daß die Parteien stillschweigend von der Voraussetzung ausgegangen seien, daß sich die Fabrikationsverhältnisse nicht weiter verschlechtern würden, könnte sie hiermit nur gehört werden, wenn sie darzutun vermag, daß eine solche Voraussetzung ausdrücklich als Vertragsinhalt vereinbart worden sei. (Wird verneint.) — Ein Lieferungsunvermögen aus dem Grunde, weil es ihr an Rohstoffen oder Arbeitskräften gefehlt habe, kommt nicht in Frage, da die Lieferungen an die Kl. tatsächlich erfolgt sind. (Eine der Unmöglichkeit gleichstehende Schwierigkeit in der Vertragserfüllung i. S. **RG.** 57, 116 wurde gleichfalls verneint.) — Wenn die Bekl. die Möglichkeit nicht für ausgeschlossen hielt, daß der Krieg noch länger dauern werde, und wenn sie die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse für unsicher hielt, aber trotzdem für die ganze noch offene Lieferungsdauer einen gleichmäßigen Preis ohne Vorbehalt eines Aufschlags vereinbarte, so läßt sich von ihr nicht sagen, daß sie von einer unvoraussehbaren Steigerung der Produktionskosten nach dem Abschluß überrascht worden sei. Sie hat sich vielmehr bewußt der Gefahr ausgesetzt, beim Unterbleiben des Vorbehalts einer Preissteigerung mit Schaden arbeiten zu müssen. — Vgl. hierzu Plum, JW. 17, 864 Anm. 8.

III. Sonstige besondere Fälle. 1. Einfluß des Einfuhrverbots auf eine vorher getroffene Abrede über Unterlassung der Einfuhr. Darmstadt 24. 3. 16, HessRspr. 18, 30, LeipzZ. 17, 349. Zur Erreichung des Kartellzwecks war vor Ausbruch des Weltkrieges zwischen den Bekl. (einer Vereinigung der österr.-ung. Superphosphatfabriken) und der Kl. vertragsmäßig festgesetzt worden, daß der Kl. für die Unterlassung der Einfuhr ihrer Erzeugnisse über eine bestimmte Menge hinaus in das Gebiet der Bekl. eine erhebliche Entschädigung zu zahlen sei. Als inzwischen in Deutschland ein Verbot der Ausfuhr für künstliche Düngemittel auch nach Österreich-Ungarn ergangen war, weigerten sich die Bekl., die vereinbarten Entschädigungsraten zu zahlen, da die Entschädigung nur für eine freiwillige Unterlassung der Einfuhr versprochen worden sei. Dieser Auffassung sind LG., OLG. und **RG.** (19. 9. 16) beigetreten; die einschränkende, eine Vertragslücke ausfüllende Auslegung stütze sich auf § 157. Als Beispiel für einen ähnlich liegenden Fall hat das RG. erwähnt, daß jemand gegen Entgelt die Verpflichtung übernimmt, nicht höher zu bauen, nach Vertragsschluß aber eine polizeiliche Verordnung das Höherbauen untersagt.

2. Unklarheiten eines Vertragsvordrucks. **RG.** 13. 3. 17, R. 17 Nr. 987. Es entspricht Treu und Glauben, daß die Unklarheit zu Lasten der Partei geht, die den Vertrag unter Benutzung eines von ihr entworfenen, gedruckten Vertragsformulars aufgesetzt hat.

IV. Kriegsklauseln.

Inhaltsübersicht.

Klauseln. d) Keine nachträgliche Berufung auf die Klausel. e) Verpflichtung zur Geltendmachung.

D. Kriegsklausel und Lieferungsverzug. a) Der Verzug war bereits vor dem Kriege eingetreten. b) Der Verzug tritt im Kriege ein.

E. Sittenwidrige Geltendmachung.

F. Vereinbarungen während des Krieges. a) Allgemeines. b) Ausdrückliche Kriegsklauseln. c) Lieferungsversprechen und Einrede der Zumutbarkeit. d) Verzicht. e) Schiedsvertrag.

G. Besondere Fälle. a) Kriegsüblicher Vorbehalt. b) Verwicklung in einen europäischen Krieg. c) Behinderung durch kriegerische Operationen. d) Lieferungsmöglichkeit vorbehalten.

H. Österreichisches Recht.

J. Allgemeine Würdigung.

A. Unbegrenzte Kriegsklauseln.

a) Krieg als unvorhergesehener Umstand i. S. der Klausel beim Kaufgeschäft: „Lieferung vorbehaltlich Streiks und anderer unvorhergesehener Umstände". Hamburg 24. 11. 16, HansGZ. 17 Hptbl. 35. Der Krieg mit allen seinen Eingriffen in das Wirtschaftsleben, vor allem mit der Erschwerung der Rohstoffbeschaffung und der Fabrikation, ist gewiß ein unvorhergesehenes Ereignis i. S. der Vertragsklausel. Von den Wirkungen eines solchen Ereignisses wollte die Bekl. sich freihalten, wie der Vorderrichter — übrigens in Übereinstimmung mit der ähnliche Klauseln behandelnden Entsch. **RG.** 87, 92 u. JW. 16, 36 — zutreffend ausführt, falls diese Wirkungen ihr die Ausführung des Vertrages fühlbar erschwerten und ihren Betrieb erheblich störten.

b) Ebenso bezüglich der Klausel: „Streiks, elementare Ereignisse, Betriebsstörungen berechtigen zur Verzögerung oder Verweigerung der Erfüllung." Colmar 26. 2. 17, ElsLothJZ. 17, 167. Gerade die Zusammenfassung von Streiks usw. läßt erkennen, daß ein Ereignis so gewaltsamen Charakters wie der Weltkrieg, der schon an sich das gesamte Wirtschaftsleben aufs schwerste beeinflußt, zu denjenigen Fällen gehören sollte, die, wenn auch nicht z. Z. des Vertragsschlusses besonders ins Auge gefaßt, doch nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als in die Befreiungsklausel miteinbegriffen zu gelten haben.

c) Krieg als Ereignis gewaltsamen Charakters. Hamburg 18. 10. 16, JW. 17, 305, LeipzZ. 17, 349, OLG. 34, 21. Der Vertrag bestimmte: „Höhere Gewalt, Ausstand, Aussperrung, Betriebsstörungen entbinden uns von der Verpflichtung rechtzeitiger oder vollständiger Lieferung." Der Verf. der in Friedenszeit entstandenen Klausel hat diejenigen typischen Fälle ausgewählt, mit denen zu rechnen damals am nächsten lag. An den Ausbruch des Weltkrieges hat man damals anscheinend nicht gedacht. Es ist ohne weiteres klar, daß der Weltkrieg ein Ereignis gewaltsamen Charakters ist, das in hohem Grade störend auf den regelmäßigen Geschäftsbetrieb des Bekl. wirken mußte. Der Weltkrieg gehört zum Kreise der Ereignisse, an deren Eintritt die Befreiung des Schuldners nach der Klausel geknüpft war. (Ständige Praxis des RG. seit 20. 5. 15; 87, 92. Vgl. JDR. 14 VII B 2; **RG.** 7. 7. 16, JDR. 15 B 3c auch HoldheimsMSchr. 17, 46 u. **RG.** 24. 11. 16, LeipzZ. 17, 329, ferner Dresden 18. 5. 16, SächsOLG. 38, 129). Vgl. über den Kriegsfall in der „höheren Gewaltklausel" Starke 90.

d) Beschlagnahme als höhere Gewalt i. S. der Kriegsklausel. **RG.** 19. 1. 17, JW. 17, 355, LeipzZ. 17, 729, R. 17, 119. (Der Krieg hatte sieben Monate gedauert, als die Bekl. ihren Rücktritt erklärte. In der Zwischenzeit hatte sie die monatlichen Mengen regelmäßig geliefert und dadurch an den Tag gelegt, daß sie im Ausbruche des Krieges an sich kein Ereignis sah, das sie von ihrer Lieferpflicht befreie.) Nach § 563 ZPO. aber muß die Revision gleichwohl zurückgewiesen werden, weil zwar nicht der Ausbruch des Krieges, wohl aber die Beschlagnahme der Erzeugnisse der Kartoffeltrocknerei, wie sie durch die BRVO. v. 25. 2. 15 verfügt wurde, ein Ereignis ist, das sich für die Bekl. als höhere Gewalt darstellt und demnach unter die Klausel fällt. Dabei bedarf es auch nicht der Feststellung, ob damit der Bekl. die Lieferung der verkauften Ware völlig unmöglich

gemacht wurde, eine Feststellung, die in der Revisionsinstanz nicht getroffen werden könnte. Es genügt, daß unstreitig der Eingriff der Behörden auf den Handel mit Kartoffelflocken in hohem Grade störend gewirkt hat (**RG.** 87, 92). Ebenso **RG.** 23. 1. 17, WarnE. 17, 101 bezüglich der Beschlagnahme von Getreide auf Grund des Höchstpreisgesetzes v. 4. 8. 14 i. d. F. der Bek. v. 17. 12. 14. Vgl. ferner **RG.** 3. 10. 17, GruchotsBeitr. 62, 84.

B. Begrenzte Kriegsklauseln. a) Sachliche Beschränkungen.

aa) Klausel „Krieg, höhere Gewalt usw. entbinden für die Dauer der dadurch hervorgerufenen Störungen gegenseitig von der Lieferung und Abnahme der vorbezeichneten Mengen in dem Maße, wie die Erzeugung oder der Verbrauch der gekauften Produkte durch die Störung vermindert wird". **RG.** 2. 3. 17, WarnE. 17, 156. Die Klausel bestimmt deutlich, daß der Krieg und die weiter genannten Ereignisse nicht durch ihren bloßen Eintritt die Vertragspflicht aufheben, sondern nur soweit sie deren Erfüllung hindern. (Daher vorliegend die Anwendbarkeit verneint, da das Marineamt die Lieferung der Ware erlaubt und der Kl. sich bereit erklärt hatte, den vom Amt gestellten Bedingungen zu genügen.)

bb) Kann sich der Lieferant auf den Krieg beziehen, wenn er im Falle von „Betriebsstörungen" frei sein soll. **RG.** 4. 7. 17, WarnE. 17, 293. In der Klausel hat sich der Bekl. weder für den Kriegsfall noch allgemein für den Fall einer force majeure von der Verpflichtung rechtzeitiger Lieferung freigezeichnet, sondern nur für ganz bestimmte Tatumstände: Arbeiterstreiks, Kohlenstreiks, Betriebsstörungen, Feuersbrunst und Unfälle, die die Produktion verhindern und unmöglich machten. Der Zusammenhang der Klausel ergibt, daß unter den genannten Tatumständen, insbesondere auch der allgemeinen Bezeichnung „Betriebsstörungen" nichts anderes verstanden werden kann, als technische Unfälle und Störungen. Diese begrenzte Freizeichnungsklausel läßt es im Hinblick auf § 157 nicht berechtigt erscheinen, darunter auch Betriebsstörungen zu bringen, die sich aus dem durch den Krieg verursachten Rohstoffmangel ergeben.

cc) Freizeichnung von verschiedenen einzelnen Gefahren ohne Erwähnung der Kriegsgefahr. **RG.** 16. 1. 17, R. 17, 119 u. Nr. 346. Daraus ist nicht ohne weiteres zu folgern, daß die Bekl. alle anderen die Höhe der Lieferung (von Milch) beeinträchtigenden Umstände, auch solche, die kraft Gesetzes ihre Befreiung herbeiführen würden, vertreten solle.

b) Zeitliche Beschränkungen.

aa) Die Klausel „Streiks, elementare Ereignisse, Betriebsstörungen entbinden mich von der Verpflichtung zur rechtzeitigen Lieferung" — Colmar 26. 2. 17, ElsLothJZ. 17, 168 — kann nicht dahin verstanden werden, daß die Befreiung dem Schuldner auch dann zugute kommt, wenn der Krieg erst nach Ablauf der Lieferfristen ausbricht.

bb) Einfluß einer zeitlichen Verschiebung der Lieferung auf die Vertragserfüllung. **RG.** 2. 3. 17, JW. 17, 595, R. 17, 223 u. Nr. 780, 781. („Krieg, höhere Gewalt usw. entbinden für die Dauer der dadurch hervorgerufenen Störungen gegenseitig von der Lieferung und Abnahme der Mengen in dem Maße, wie die Erzeugung oder der Verbrauch der gekauften Produkte durch die Störung vermindert wird. Nach Beendigung des Ausnahmezustandes müssen aber die während desselben ausgefallenen Mengen nachgeliefert, bzw. nachbezogen werden.") RG. läßt dahingestellt, ob die Klausel eine uneingeschränkte Vorschrift der Nachlieferung enthalte, nimmt aber im gegebenen Falle an, daß die notwendig gewordene zeitliche Verschiebung der Lieferung den Leistungsinhalt nicht wesentlich geändert und somit eine dauernde Unmöglichkeit der Vertragserfüllung nicht mit sich gebracht habe. (Wird ausgeführt.) Vgl. **RG.** 4. 1. 16, JDR. 15, B 4a*α* u. Hamburg 21. 4. 17, DJZ. 17, 690, HansGZ. 17 Hptbl. 143, wo vereinbart war, daß die unterbrochene oder außer Kraft gesetzte Lieferungsverpflichtung in dem Augenblicke „wieder in Kraft trete, sobald die Hindernisse beseitigt seien". Der Kl. hatte eine zeit-

weilige Außerkraftsetzung des Vertrages zugestanden. Seiner Feststellungsklage, daß der Vertrag der Parteien nicht endgültig aufgehoben sei, wurde stattgegeben. Ebenso Hamburg 4. 4. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 172. Vgl. Dresden 27. 11. 16, JW. 17, 668 und Plum a. a. O. Anm. 3, sowie JDR. 15 B 4c, Bamberg 24. 4. 17, JW. 17, 774.

cc) Vertrag auf Lieferung von Palmkuchen mit der Bedingung: „Krieg, Aufruhr usw. entbinden den Verkäufer auf seine Anzeige von der Einhaltung der kontraktlichen Lieferfristen, welche alsdann um die Zeitdauer der Behinderung verschoben werden". Hamburg 30. 11. 16, HansGZ. 17 Hptbl. 39, R. 17, 120, 125. Kl. hatte 1. Klage erhoben auf Feststellung, daß die Bekl. verpflichtet sei, nach Beendigung des Krieges der Kl. restliche 140 Tons Palmkuchen in Gemäßheit des Kaufvertrages zu liefern; 2. hilfsweise im zweiten Rechtszuge beantragt, festzustellen, daß der streitige Vertrag noch zu Recht besteht. Zu 1: Wie sich die Verhältnisse nach dem Kriege gestalten werden, steht zur Zeit völlig dahin, zumal wenn man die nicht von der Hand zu weisende Möglichkeit erwägt, daß nach dem Vorgange früherer Jahrhunderte mit einer noch jahrelangen Dauer des Krieges zu rechnen ist. Es erscheint danach nicht möglich, heute schon festzustellen, daß die Bekl. nach Beendigung des Krieges, ganz gleich wie lange er noch dauert, zur Lieferung noch verpflichtet ist. — Zu 2: Die Bekl. hat durch Schr. vom 15. 8. 14, also nach Kriegsausbruch, ihren Willen erklärt, am Vertrage festhalten und nach dem Kriege liefern zu wollen. Nun hat freilich in jüngster Zeit das RG. erkannt (vgl. JDR. 15, B 4a α) und es ist ihm darin auch der Senat gefolgt, daß vor dem Kriege geschlossene Lieferungsverträge mit einer Klausel der in Rede stehenden Art stets als aufgehoben zu erachten sind, wenn heute schon feststeht, daß eine nach dem Kriege erfolgende Leistung ohne Rücksicht auf die Kriegsdauer infolge der durch den Krieg eingetretenen oder noch zu gewärtigenden völligen Änderung aller beim Vertragsschlusse maßgeblich gewesenen wirtschaftl. Verhältnisse nicht mehr als die von den Parteien nach dem Vertrage gewollte Erfüllung angesehen werden kann. — Für eine derartige Veränderung fehlt es jedenfalls in Ansehung der den Gegenstand dieses Kaufvertrages bildenden Ware an jeglichen Anhaltspunkten. (Wird näher ausgeführt und nach dem Hilfsantrage erkannt.) Die Entsch. wurde sachlich aufgehoben durch **RG.** 6. 7. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 236. und Befreiung auf Grund § 275 angenommen. Durch die gänzliche Abschneidung aller Zufuhren und durch die behördl. Maßnahmen sei die Herstellung der Palmkuchen unmöglich geworden.

dd) Karlsruhe 3. 4. 17, DJZ. 17, 691. Der vom RG. (JW. 16, 487, JDR. 15, B 4a α) aufgestellte Grundsatz, daß bei vertragl. Hinausschiebung der Lieferungsfrist für den Kriegsfall bis nach Kriegsende der Verkäufer von der Lieferung frei werde, wenn die Lieferungsunmöglichkeit während des Krieges längere Zeit gedauert hat und infolge der Verzögerung der Inhalt der Leistung für beide Teile ein anderer geworden ist, greift nicht durch, wenn der Wille der Vertragsparteien erkennbar dahin ging, daß auch bei längerer Erfüllungsunmöglichkeit und längerer Kriegsdauer vom Verkäufer gleichwohl unter allen Umständen geliefert werden solle. (Im gegebenen Falle bejaht.)

ee) Verhältnis der aufschiebenden Kriegsabrede zu den gesetzlichen Vorschriften über die Befreiung des Lieferpflichtigen wegen Unmöglichkeit der Erfüllung. α. **RG.** 27. 3. 17, DJZ. 17, 683, HansGZ. 17 Hptbl. 151, JW. 17, 715. Vereinbart war: Falls während der 6 Monate, welche dem Beginn der Lieferzeit vorangehen, oder während der Lieferzeit höhere Gewalt — wozu u. a. — Krieg — zu rechnen ist — die Abladung oder Beförderung von Salpeter behindert, so haben die Verkäufer das Recht, die Lieferzeit als um die nachweisliche Dauer der Behinderung verlängert zu erklären. Diese Erklärung war am 28. u. 29. 10. 14 abgegeben. Am 1. 4. 16 schrieb die Kl. (Verk.), daß sie alle Verträge für endgültig aufgehoben erkläre, weil infolge der langen Dauer des Krieges die gesamten wirtschaftl. Grundlagen, auf denen die Verträge geschlossen und die Verlängerung erklärt worden, völlig geändert seien. RG. hat dies mit den Vorinstanzen gebilligt und die Klage auf Feststellung der Befreiung von der Liefer-

pflicht zugesprochen. Indem die Kl. das im Vertrage vorbehaltene Recht der Verschiebung der Lieferzeit ausübte, gab sie keineswegs das aus dem Gesetz sich ergebende Recht auf, die Lieferung gänzlich zu verweigern, wenn die infolge der kriegerischen Ereignisse notwendige Verschiebung das Wesen der Leistung in dem Maße änderte, daß die nachträgliche Lieferung nicht mehr als eine sinngemäße Erfüllung des ursprünglichen Vertrages gelten könnte. (Es wird ferner ausgeführt, aus dem Vertrage sei nicht zu entnehmen, daß die vorbehaltene Verschiebung der Lieferzeit das Recht, die Leistung später ganz zu verweigern, ausschließen sollte.)

β. Klausel: „Die Verkäufer sind berechtigt, diesen Kontrakt zu annullieren, falls die Ausführung desselben durch Krieg, Streik, Ausfuhrverbot oder irgend einen anderen Fall von force majeure verhindert wird, sofern der Käufer keine den Umständen entsprechende Nachlieferfrist bewilligen will; das Recht, diese Nachlieferfrist zu beanspruchen, steht den Verkäufern ebenfalls zu." Hamburg 11. 5. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 157. Unter Berücksichtigung der in § 157 enthaltenen Auslegungsvorschrift kann der Inhalt der hier im Vertrage getroffenen besonderen Abrede nur dahin verstanden werden, daß, wenn der in der Schlußnote vorgesehene Abladetermin infolge der erwähnten Behinderungsgründe vereitelt wird, der Verkäufer zur Lieferung einer späteren Abladung auf Verlangen des Käufers verpflichtet sein soll unter der Voraussetzung, daß eine solche Leistung ihm nach Sachlage zugemutet werden kann. Dies kann aber dann nicht geschehen, wenn durch die zeitliche Verschiebung die wirtschaftl. Bedeutung der Leistung sich gänzlich geändert hat.

γ. Klausel: „Krieg entbindet von der Einhaltung vereinbarter Liefertermine, ohne die sonstigen Abmachungen aufzuheben." **RG.** 22. 6. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 250. Die Bestimmung hat bei einer Auslegung gemäß § 157 BGB. nicht den Sinn, daß die Bekl. von ihrer an sich nach der Klausel möglichen Verpflichtung zur Leistung nach dem Kriege auch dann nicht befreit sein sollte, wenn ihr ein gesetzlicher Befreiungsgrund zur Seite stehen würde. Die Kriegsklausel gibt durch ihren Inhalt zu erkennen, daß durch sie die Rechte des Verkäufers nicht eingeschränkt, sondern erweitert werden sollten. Deshalb ist die Bekl. mit dem Einwand aus § 275 BGB. nicht ausgeschlossen.

C. Rechtzeitige Erklärung des Rücktritts.

a) **RG.** 8. 12. 16, HoldheimsMSchr. 17, 69, LeipzZ. 17, 267, R. 17, 75. Ein Spekulieren auf fremde Kosten steht Treu und Glauben durchaus entgegen; es würde der Auffassung des anständigen Kaufmanns nicht entsprechen. (OLG. hatte angenommen, es entspreche guten kaufmännischen Gepflogenheiten, daß ein seine und seiner Kunden Interessen verständig abwägender Kaufmann einschneidende Vertragsbestimmungen wie die Kriegsklausel nicht geltend mache, wenn er glaube, ganz ohne Schaden oder doch ohne erheblichen Nachteil für sich seinen Vertragspflichten nachkommen zu können. Der Verkäufer hatte sich erst bei der für ihn ungünstigen Umwertung der für die Bemessung der Kohlenpreise maßgebenden Verhältnisse auf die Kriegsklausel berufen.)

b) Grundsätze für die Berechnung der angemessenen Frist. **RG.** 9. 2. 17, HoldheimsMSchr. 17, 44. Ersichtlich unerheblich war der von der Kl. behauptete Umstand, daß die Bekl. bei Ausbruch des Krieges Material genug auf Lager hatte, um ihre Lieferungsverpflichtungen aus den beiden Abschlüssen gegenüber der Kl. zu erfüllen. Dadurch wurde die Bekl. nicht, wie die Revision meint, in den Stand versetzt, sofort nach Kriegsausbruch die für sie durch den Krieg geschaffene Lage derart zu übersehen, daß sie auch sofort sich entschließen mußte, ob sie von der Kriegsklausel Gebrauch machen wollte. Der Geschäftsbetrieb der Bekl. beschränkte sich nicht auf die Abschlüsse mit der Kl. Es kam daher nicht darauf an, ob das bei Kriegsausbruch der Bekl. zur Verfügung stehende Material für diese beiden Abschlüsse ausreichte, sondern darauf, ob der Krieg auf den gesamten Fabrikbetrieb der Bekl. wesentlich störend einwirkte, und das war nach der Feststellung des LG.

erst geraume Zeit später (6 Wochen) zu übersehen, wobei übrigens nicht nur der Bestand an Material, sondern auch die Arbeitsverhältnisse in Betracht kamen. Vgl. auch Hamburg 16. 1. 17, LeipzZ. 17, 761, SeuffA. 72, 182 u. **RG.** 13. 3. 17, R. 17, 224.

c) Ebenso bezüglich des Vorbehalts „im Falle außergewöhnlich geringer Ernte oder Betriebsstörungen gemachte Abschlüsse entsprechend zu reduzieren". Darmstadt 14. 7. 16, HessRspr. 17, 257. Solche Vorbehalte sind Vertragsbestandteile und unterstehen wie die Verträge überhaupt der Vorschrift des § 157. Nach Treu und Glauben aber muß verlangt werden, daß der Vorbehaltsberechtigte seinen Vertragsgegner, der im Vertrauen auf den Bestand seines Abschlusses als Kaufmann andere Abschlüsse damit in Verbindung bringt und darauf eigene Verpflichtungen gegründet hat, nicht im unklaren lassen darf, sondern unverzüglich dann Mitteilung zu machen hat, daß er vom Vorbehalt Gebrauch mache, sobald er in der Lage war, seine Verhältnisse zu überblicken.

Vgl. auch Hamm 20. 10. 16, DJZ. 17, 531 über die Erfüllung eines während des Krieges ohne Vereinbarung einer Lieferungszeit geschlossenen Kaufvertrages über Feldbohnen, wo der Käufer für verpflichtet erklärt wurde, wenn der Verkäufer nicht lieferte, ihm bald zu erklären, daß er Lieferung beanspruche oder die Rechte aus dem Verzuge geltend machen werde.

d) Keine nachträgliche Berufung auf die Klausel. α. **RG.** 21. 11. 16, R. 17, 75, WarnE. 17, 3. Das nachträgliche Berufen auf die Klausel verstößt wider Treu und Glauben. (Der Verkäufer hatte erklärt, daß er auf Abnahme bestehe.) Es wurde ferner die Annahme gebilligt, daß der auf künftiger Abnahme bestehende Verkäufer sich selbst hätte rechtzeitig decken müssen und sich nicht mehr auf Unmöglichkeit wegen Preissteigerung berufen könnte.

Vgl. auch **RG.** 19. 1. 17 (zu A d), wo die Bekl. sieben Monate lang regelmäßig geliefert und dadurch an den Tag gelegt hatte, daß sie im Kriegsausbruch an sich kein Ereignis sah, das sie von der Lieferfrist befreie. Anders lag der Fall

β. **RG.** 12. 6. 17, LeipzZ. 17, 1249, R. 17, 404, WarnE. 17, 250, wo die Bekl. zunächst einige Monate lang geliefert hatte, dann aber infolge der allmählich erst sich ergebenden Schwierigkeiten die Lieferungen einstellte, ohne durch die Absicht bestimmt zu sein, die Lage auf Kosten der Kl. auszunutzen.

γ. Hamburg 23. 11. 16, LeipzZ. 17, 417, R. 17, 77. Hatte jedoch der Käufer zunächst selbst erklärt, er könne infolge des Krieges Lieferungen bis auf weiteres nicht mehr annehmen, und es solle ihm nur geliefert werden, wenn er abrufe, dann braucht sich der Verkäufer über die Abwendung der Kriegsklausel nicht eher zu erklären, als bis Käufer abruft.

e) Ist der Lieferant verpflichtet, die mit Kriegsklauseln abgeschlossenen Verträge aufzukündigen, um sich auf diese Weise in den Stand zu setzen, diejenigen Verträge voll zu erfüllen, welche eine Kriegsklausel nicht enthalten? Die Frage bejaht Hamburg 14. 3. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 119. Die Kontrahenten ohne Kriegsklausel hatten einen Rechtsanspruch auf Lieferung in Gemäßheit des Vertrages. Solange die Bekl. in der Lage war, diesem Anspruch dadurch zu genügen, daß sie sich den Kontrahenten mit Kriegsklausel gegenüber auf ihr Recht zur Verweigerung der Lieferung berief, kann von einer Unmöglichkeit der Erfüllung nicht die Rede sein.

D. Kriegsklausel und Lieferungsverzug.

a) Keine Bezugnahme auf die Kriegsklausel von seiten des bei Kriegsausbruch bereits im Verzug Befindlichen. Dresden 23. 6. 16, LeipzZ. 17, 487, SächsRpflA. 17, 152, R. 17, 225. (Die Lieferungsbedingungen sagten, daß Krieg . . . Wagenmangel, . . . sowie sonstige elementare Ereignisse, welche die Lieferung verhindern, die Lieferfrist um die Dauer der Behinderung prolongieren). Die Bekl. kann sich auf die erwähnte Vertragsbestimmung nicht berufen, falls sie sich mit der noch ausstehenden Lieferung beim Kriegsausbruch bereits in Verzug befand. Der Sinn der Bestimmung ist,

daß die Bekl. befugt sein soll, den Kriegsausbruch als Grund unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung ihrer Lieferungsverpflichtung geltend zu machen. Daraus folgt, daß sie sie gegenüber ihrer Inanspruchnahme aus einem z. Z. des Kriegsausbruchs bereits eingetretenen Verzug nicht verwerten kann. Denn nach § 287 BGB. hat sie während des Verzuges auch die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten.

b) Der Verzug tritt im Laufe des Krieges ein. Breslau 8. 3. 17, BreslauAK. 17, 41. (Kaufbedingung lautete, daß Krieg, Ein- und Ausfuhrverbote deutscher oder ausländischer Regierungen den Verkäufer berechtigen, die geschlossenen Verträge, gleichviel welcher Provenienz, soweit noch nicht erfüllt, aufzuheben.) Der Ansicht der Kl., daß diese sog. Kriegsklausel auf den Fall des Lieferungsverzuges keine Anwendung finde, kann nicht beigetreten werden. Der klare Wortlaut der Klausel gewährt dem Verkäufer ein unbeschränktes Aufhebungsrecht, soweit das Schuldverhältnis noch nicht durch Erfüllung erloschen ist. Eine Ausnahme für den Lieferungsverzug ist jedenfalls aus dem Wortlaut nicht zu entnehmen. — Die Beschränkung der Klausel auf den Fall nicht verzögerter Erfüllung wäre eine Abänderung der Willenserklärung, die unbeschränkt die Vertragsaufhebung zuläßt und in diesen Worten weder mehrdeutig noch mißverständlich ist. Es könnte sich noch fragen, ob Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, daß der Vertrag hinsichtlich der streitigen Klausel in dem von der Kl. vertretenen Sinne auszulegen ist. Doch auch diese Erwägung versagt. Die Klausel umfaßt jeden Fall der Nichterfüllung. Die Kl. hat nichts dafür vorgebracht, daß die Parteien etwa an den Fall des Verzuges nicht gedacht haben, daß sie ihn aber bei redlichem Verhalten übereinstimmend in dem von der Kl. behaupteten Sinne geregelt haben würden, weil dies dem Vertragszwecke entsprochen hätte.

E. Sittenwidrige Geltendmachung der Kriegsklausel. Starke 94. Die Rechtsausübung der Kriegsklausel ist nicht ohne Schranken. Unzulässig ist eine Geltendmachung, die ohne einen sie rechtfertigenden Geschäftsgrund lediglich in gewinnsüchtiger Absicht erfolgt.

F. Vereinbarung der Kriegsklausel während des Krieges.

a) Allgemeines. α) Oertmann, JW. 17, 617 Anm. 7. Die Klausel kann sinngemäß nur ein Freiwerden des Schuldners durch künftige, nicht aber auch durch im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung bereits vorhandene Elementarereignisse bezwecken. Anders ausgelegt, würde sie dem Schuldner ein freies Kündigungsrecht während der Kriegsdauer gewähren. Die Ausbedingung eines solchen mag möglich sein, aber eine Kriegsklausel im üblichen Sinne liegt darin nicht; ebenso Hamburg 5. 7. 16, SeuffA. 72, 212.

β) Starke 92. Nur in den Fällen, wo ein dahingehender Parteiwille ersichtlich ist, kann die Klausel so ausgelegt werden, daß sich eine oder beide Parteien während des Krieges Handlungsfreiheit vorbehalten wollen.

b) Ausdrückliche Klauseln. α. Bedeutung der Klausel „der Ausbruch eines Krieges, an dem Deutschland beteiligt ist, hebt den Abschluß ohne weiteres auf", wenn der Vertrag erst während des gegenwärtigen Weltkrieges geschlossen ist. Dresden 11. 10. 16, Sächs. Rpfl.A 17, 68 hält daran fest, daß der zwischen Österreich-Ungarn und Italien ausgebrochene Krieg i. S. der Kriegsklausel als ein solcher, an dem Deutschland „beteiligt ist", schon zu der Zeit anzusehen ist. wo eine Kriegserklärung Italiens an Deutschland noch nicht erfolgt war. Vgl. IDR. 15 D1. Daß der Vertrag erst während des bereits ausgebrochenen Weltkrieges abgeschlossen ist, kann an sich nicht zu einer abweichenden Auslegung der Kriegsklausel führen. Vielmehr blieb ihre Bedeutung die, daß jede Partei die Aufhebung des Vertrages dann fordern darf, wenn ein neuer Krieg, außer den bereits zwischen den sich bis dahin bekämpfenden Staaten ausgebrochenen Kriegen, ausbrechen sollte, an dem Deutschland beteiligt ist. Es sollten also die z. Z. des Abschlusses des Vertrages bereits ausgebrochenen Kriege ohne Einfluß

auf die Gültigkeit des Vertrages sein, der Ausbruch eines neuen Krieges aber die Kriegsklausel auslösen. Vgl. FDR. 15 D2.

β. Mobilmachungsklausel bei Verträgen von Wachgesellschaften. **RG.** 17, 10. 16, BayRpflZ. 17, 50. (Die Vertragsurkunde enthielt die Bestimmung: „Bei Streiks und Mobilmachung ist die Gesellschaft berechtigt, die Bewachung bis zur Einstellung von Ersatzwächtern zu unterbrechen." Vereinbart war Ende 1914 die Bewachung der den Kl. gehörigen Grundstücke für die Zeit vom 1. 1. 1915 auf 5 Jahre. Es wurde vom RG. als wichtiger Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses angesehen, daß die bekl. Wachgesellschaft vom 1. 3. bis 11. 4. 15 infolge der Einberufung eines Wächters zum Heeresdienste eine Unterbrechung der Bewachung hatte eintreten lassen.) Der Vertrag spricht von Mobilmachung, nicht von Einberufungen zum Heere, die sich während des Krieges wiederholen können. Welche Bedeutung aber die nach ihrer Fassung aus der Zeit vor dem Kriege stammende Vertragsbestimmung für die erst nach Ausbruch des Krieges abgeschlossenen Verträge hat, läßt sich nur dann richtig beurteilen, wenn man erwägt, was sie für Verträge aus der Zeit vor dem Kriege bedeutete. Für Fälle der letzteren Art konnte die Bestimmung nur den Sinn haben, daß die Bekl., wenn sie beim Eintritte der Mobilmachung gezwungen war, einen Wechsel in der Person der Wächter eintreten zu lassen, die Bewachung unterbrechen und gleichwohl den Vertragsgegner am Vertrage festhalten durfte, nicht aber, daß sie, wenn im Laufe des Krieges neuerdings Wächter einberufen werden sollten, jederzeit wieder eine Unterbrechung eintreten lassen dürfe, ohne sich einer Kündigung des Vertragsgegners auszusetzen. — Das Recht, auch in solchen, vielleicht oft sich wiederholenden Fällen eine Unterbrechung eintreten zu lassen, würde jede Rücksicht auf das Interesse des anderen Vertragsteiles vermissen lassen. — Ein so weitgehendes Recht der Bekl. kann daher, da es nicht ausdrücklich vereinbart ist, nach Treu und Glauben nicht als vereinbart gelten.

c) Lieferungsversprechen und Einrede der Zumutbarkeit. α. Bindung an ein im August 1915 abgegebenes Versprechen, nach dem Kriege einen im Juni 1914 abgeschlossenen Vertrag auf Lieferung ägyptischer Baumwolle auszuführen? Hamburg 22. 6. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 221. Es mag sein, daß die Parteien im August 1915 noch mit einer längeren Dauer des Krieges gerechnet haben. Darum kann aber keineswegs angenommen werden, daß die Leistung unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf die völlige Veränderung aller wirtschaftl. Verhältnisse, wie sie auch bei der Annahme längerer Dauer des Krieges nicht zu erwarten war, erfolgen sollte. Eine solche Annahme würde dem Leistungsversprechen der Bekl. einen weitgehenden spekulativen Charakter geben, der ersichtlich den Absichten beider Parteien fern lag. Denn im August 1915 war die wirtschaftl. Lage im allgemeinen so, daß, wenn man auch, trotz der kriegerischen Erfolge gegen Rußland, vielfach noch mit einer längeren Dauer des Krieges rechnete, dennoch die Rückkehr normaler Handelsbeziehungen nach dem Kriege zu erwarten war. Diese Lage hat sich seitdem von Grund auf in einer im August 1915 auch nicht entfernt zu übersehenden Weise geändert. (Die „Zumutbarkeit" der Leistung wurde daher verneint.)

β. Hat der Verkäufer nach Beendigung des Krieges zu liefern, wenn er im September 1914 der schriftlichen Äußerung des Käufers, Parteien seien darüber einverstanden, daß Käufer nach Beendigung des Krieges weitere Abladungen zu beanspruchen habe, nicht widersprochen hat? (Betraf ein vor Ausbruch des Krieges abgeschlossenes Geschäft über Lieferung von chinesischem Hühner-Eigelb, China-Abladung Juli/August 1914). Hamburg 10. 1. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 261.) Es ist anzunehmen, daß die Parteien die damals in Deutschland allgemein herrschende Anschauung teilten, es werde sich nur um einen Krieg von verhältnismäßig kurzer Dauer handeln. Traf dies zu, so brachte die zeitliche Verschiebung der Vertragserfüllung noch keineswegs solche wesentliche Änderung der wirtschaftl. Bedeutung und des Inhalts der der Bekl. aus dem Vertrage obliegenden Leistung mit sich, wie es nach fast 2½jähriger Kriegsdauer der Fall ist. (Wird näher ausgeführt.)

Vgl. dagegen Hamburg 5. 10. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 280, wo angenommen wurde daß ein am 6. 8. 14 mit der Klausel, daß Krieg von der Verbindlichkeit zur rechtzeitigen Lieferung befreie, zum Abschluß gekommener Vertrag auf Lieferung von Karbolsäure noch zu Recht bestehe.

d) Vereinbarung der Lieferung nach Beendigung des Krieges. Verzicht auf die Kriegsklausel. **RG.** 12. 7. 17, DJZ. 17, 1029, JW. 17, 899, LeipzZ. 17, 1248, WarnE. 17, 289. Das BG. hat seine Annahme, daß der Vertrag mit der zeitlichen Verschiebung auch bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse und bei einer langen Kriegsdauer gelten sollte, eingehend mit tatsächlichen Erwägungen begründet. Eines besonderen Hinweises auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB.) bedurfte es im Urteil nicht. Andererseits läßt sich auch nicht allgemein sagen, daß es der Verkehrssitte widerspreche, während der Dauer des Krieges Verträge einzugehen, deren Erfüllung nach Friedensschluß selbst bei wesentlicher Umgestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse erfolgen solle, zumal wenn das Risiko, wie im vorliegenden Falle durch Ausbedingung einer längeren Leistungsfrist abgeschwächt wird. (Übernommen war am 2. 11. 14 die Lieferung innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Krieges.)

Vgl. hierzu Oertmann, JW. 17, 899 Anm. 2. Die Ausweitung des Unmöglichkeitsbegriffs durch die moderne Wissenschaft und Rechtspr. erfordert als unerläßliche Ergänzung die Zulässigkeit einer vertragl. Zurückschraubung der Unmöglichkeitsfolgen auf die Fälle absoluter und endgültiger Leistungshindernisse.

e) Unverbindlichkeit einer nach Ausbruch des Krieges, aber vor Eintritt Italiens in den Krieg getroffenen Vereinbarung, daß ein Streit durch ein italienisches Schiedsgericht zu entscheiden sei. „Genueser Arbitrage." **RG.** 6. 3. 17, JW. 17, 537, R. 17, 223 u. Nr. 881. Die angefochtene Entsch. führt aus, daß, nachdem Italien dem Deutschen Reich den Krieg erklärt habe, die Durchführung des schiedsgerichtl. Verfahrens mindestens jetzt unmöglich geworden, und daß damit ein Fall eingetreten sei, für den die Parteien ein solches schiedsgerichtl. Verfahren überhaupt nicht gewollt haben. — Der Senat (VII) hat bereits in dem Urteile v. 29. 6. 15, JW. 15, 995 eine solche der Vereinbarung zweier Deutschen, es solle ein englisches Schiedsgericht ihre Streitigkeiten entscheiden, gegebene Auslegung für eine rechtlich bedenkenfreie erachtet. Das gleiche gilt auch für die hier getroffene Feststellung des Vertragswillens. Der Richter hat nach § 157 BGB. bei der Auslegung des Vertrages nicht nur das tatsächlich Erklärte zu deuten, sondern er hat nach dem gesamten Vertragszweck und Vertragsinhalt, nötigenfalls ersichtliche Lücken der Erklärungen ergänzend, den wirklichen Willen der Vertragschließenden zu ermitteln. Im Rahmen dieser ihm gestellten Aufgabe ist der BR. ohne erkennbaren Rechtsirrtum zu dem vorstehend wiedergegebenen Ergebnis gelangt.

G. Besondere Fälle.

a) Inhaltlosigkeit der Klausel „kriegsüblicher Vorbehalt". Hamburg 26. 6. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 211, R. 17, 516. Mag es auch üblich und im ganzen zweckmäßig sein, solche Klauseln möglichst kurz und schlagwortartig zu fassen, so müssen sie doch entweder für sich allein oder unter Heranziehung des Handelsbrauchs so deutlich sein, daß sie den gewollten Sinn auch wirklich ergeben. Vorliegend geben die Worte für sich allein in ihrer allgemeinen und unbestimmten Fassung überhaupt keinen greifbaren Sinn. Ein Handelsbrauch, der ihnen eine bestimmt umgrenzte Bedeutung verliehe, besteht nicht und kann sich nicht gebildet haben, da die auf den Krieg sich beziehenden Vorbehalte der Verträge des kaufmännischen Verkehrs von reichster Mannigfaltigkeit sind und kaum eine Kriegsklausel der anderen gleicht.

b) Vereinbarung, „der Abschluß solle annulliert sein, wenn Deutschland während der Lieferzeit in einen europäischen Krieg verwickelt wird". **RG.** 28. 11. 16, LeipzZ. 17, 401, R. 17, 75. Durch die Erklärung des Reichsgebietes in Kriegszustand war noch nicht herbeigeführt, daß Deutschland in einen europäischen Krieg

„verwickelt“ war, und es war auch noch nicht ein Zustand herbeigeführt, der einer solchen Verwickelung für die Frage der Erfüllung von Verträgen ohne weiteres gleichgestellt werden könnte.

c) Vorbehalt der Behinderung durch „kriegerische Operationen“ von **RG.** 5. 6. 17, R. 17, 403 mit Rücksicht auf den Wortlaut und die Kriegslage z. Z. des Abschlusses (Gefahr des Einfalles von der holländischen Grenze) im e. S. ausgelegt, so daß darunter nicht alle mit dem Kriege zusammenhängenden Schwierigkeiten in der Materialbeschaffung und militärische Beschränkungen der Absatzmöglichkeiten verstanden wurden.

d) Klausel „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten, neue Regierungsmaßnahmen zu Käufers Lasten, ohne Schadensersatz- und Nachlieferungsansprüche“. Hamburg 25. 4. 17, R. 17, 323. Die Erfahrung im Kriege hat es gezeigt, daß ein Kaufmann heute nicht sicher damit rechnen kann, daß ihm gegenüber eingegangene Verpflichtungen, die ihm selbst erst wieder die Möglichkeit gewähren, zu leisten, wirklich erfüllt werden. Unter fernerer Berücksichtigung der enormen Preissteigerungen aller Waren, zumal der Lebensmittel im Laufe des Krieges, wird heute ein vorsichtiger Kaufmann sich veranlaßt sehen, sich in Lieferungsverträgen möglichste Dispositionsfreiheit vorzubehalten. Liest man in diesem Sinne obige Vertragsbestimmung, so ergibt sich, daß der Verkäufer schon frei sein wollte, wenn sein Lieferant ihm nicht lieferte, ohne Rücksicht darauf, ob er die Ware sich anderweitig beschaffen konnte.

Vgl. **RG.** 26. 6. 17, R. 17, 405 (Klausel: Einstellung der Rohstoffe vorbehalten).

H. Österreichisches Recht. Abel, JW. 17, 17. Die Force-majeure-Klausel befreit nach der Ansicht des OGH. (16. 5. u. 26. 10. 15) auch im Kriegsfalle von der Vertragserfüllung nur, wenn nachgewiesen ist, daß durch den Krieg die Erfüllung unmöglich wurde. Ist der Krieg dagegen schon vertragsmäßig als ein vertragaufhebendes außerordentliches Ereignis bezeichnet (Kriegsklausel im engeren Sinne des Wortes), dann bedarf es keines Nachweises der durch den Krieg eingetretenen Verhinderung in der Vertragserfüllung (15. 1. u. 15. 2. 16). Vgl. im übrigen Gustav Fuchs, Der Einfluß des Krieges auf bestehende Lieferungsverträge und verwandte Vertragsverhältnisse nach der Rechtspr. des Obersten Gerichtshofes (2) 1916; hierzu Adler, JW. 17, 338; ferner Gustav Fuchs, Übergangswirtschaft und unerledigte Friedenskontrakte, AÖstGZ. 17, 241, wo darauf hingewiesen wird, der Österreichische Oberste Gerichtshof habe im Gegensatze zum RG. die Klausel der veränderten Sachlage abgelehnt und sich von vornherein der Lehre von der obligationsmäßigen Kraftanstrengung angeschlossen, den Lieferanten also nicht zu einem gewissen Erfolge, sondern nur dazu verpflichtet, sich für die Herbeiführung des Vertragszweckes soweit anzustrengen, als ihm dies rechtmäßiger- und billigerweise zugemutet werden kann.

J. Allgemeine Würdigung der Rechtsprechung. Ernst Fuchs JW. 17, 324 bekämpft die Rechtspr. des RG. in der Kriegsklausel als „Formaljurisprudenz“. Je nach dem in mannigfaltigen Abarten gefaßten Text der Formularklausel hing die wirtschaftl. Existenz ganzer Betriebe und Menschenglück von diesen grammatischen Übungen ab. Wo der Relativsatz fehlte und wo ihn das RG. nur auf das letzte Hauptwort bezog, da wurde den vertragschließenden Kaufleuten, die sicher selbst den Wortlaut der Klausel nicht im Kopfe hatten und noch weniger jene überfeinen syntaktischen Distinktionen, der Krieg als vereinbarte unbedingte Erdichtung (abstrakte Fiktion) der Unmöglichkeit untergeschoben, ohne jede Rücksicht auf die wirkliche Gestaltung der Dinge. Im Gegensatz hierzu wird gerühmt, daß der Wiener Oberste Gerichtshof die Höhere Gewalt-Klausel nicht abstrakt, sondern konkret ausgelegt habe.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

§ 158.

1. Über den Begriff der Bedingung und sein Verhältnis zur „Voraussetzung“. a) Gottschalk, Die Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht 1917, 103ff.

Die „Voraussetzung" für sich allein ist überhaupt kein definierbarer Begriff, da „Voraussetzung" ein sog. Verhältniswort ist. „Unbewußt von einer falschen Voraussetzung ausgehen", heißt soviel wie irren. Einen bestimmten noch ungewissen Tatbestand zur Voraussetzung einer künftigen Rechtsfolge machen, heißt soviel wie etwas zur Bedingung erheben (105). — Es wird gezeigt, daß die Worte: „ich kaufe, weil ich voraussetze" und „ich kaufe, vorausgesetzt, daß" einen grundverschiedenen Sinn haben, und zu RG. 15. 2. 06, JW. 06, 107 ausgeführt, der Vertrag habe den Inhalt gehabt: A verkauft an B eine ohne polizeiliche Genehmigung anbringbare Drehtüre. „Hier ist der Inhalt des Vertrages falsch, woraus sich Rechte für den Käufer ergeben, aber der Vertrag ist so wenig bedingt, wie in dem Falle, wo der Verkäufer versichert, das verkaufte Pferd sei gesund, die Möbel seien aus Zedernholz usw., während das Pferd krank ist, die Möbel aus Tannenholz sind usw."

b) Aus der Rechtsprechung. RG. 18. 11. 16, R. 17 Nr. 10. (Eheleute hatten ein der Frau gehöriges Grundstück veräußert und sich ein Altenteilsrecht vorbehalten, später war die Ehe geschieden und der Mann für den allein schuldigen Teil erklärt worden.) Die Tatsache, daß die Ehe nicht durch Scheidung aufgelöst werde, kann nicht ohne weiteres als sog. stillschweigende Bedingung oder Voraussetzung gelten (RG. 24, 169; 62, 268; 66, 132). Denn auch bei den sog. stillschweigenden Bedingungen oder Voraussetzungen ist an dem Erfordernisse der Willenserklärung festzuhalten, nur genügt eine stillschweigende Erklärung (die gegebenenfalls verneint wurde). Auch im Wege der ergänzenden Auslegung kann dem Vertrage ein über die Vereinbarung hinausgehender Inhalt nicht gegeben werden (RG. 87, 211). Dem Richter darf nicht die Aufgabe zugewiesen werden, das Interesse einer Partei weiter zu wahren, als diese selbst es für nötig befunden hat.

2. Rechtliche Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, bei welchem die Verpflichtung des einen Teils von einer in seinem freien Willen stehenden Erklärung abhängig ist. Kiel 19. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 73. (Der § 3 Abs. 2 des zwischen der Inspektion des Unterseebootswesens in Kiel mit den klagenden Ingenieuren abgeschlossenen Vertrages war dahin auszulegen, daß zwar die Bestimmung der außerordentlichen Vergütung von dem freien — nicht dem billigen (§ 315 BGB.) — Ermessen des RMA. abhing, daß aber, wenn das RMA. die Leistung bestimmt hat, diese Leistung auch geschuldet wird.) Die Gültigkeit solcher von dem freien Willen des einen Teils abhängiger Geschäfte wird in der Rechtspr. und Rechtslehre überwiegend anerkannt. RG. 67, 45; 72, 385. (Die Erklärung des RMA., die einer Annahme nicht bedurfte, wurde wirksam, indem sie dem Angestellten zuging. § 130 BGB.) Bestätigt durch RG. 15. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 211. Der § 130 BGB. gilt keineswegs nur für Vertragsangebote, sondern für empfangsbedürftige Willenserklärungen jeder Art.

§ 162.

Schuldhafte Hintertreibung einer gesetzlich vorgeschriebenen Geschäftsform. Reichel, GruchotsBeitr. 61, 556. Die Anwendbarkeit des § 162 auf sog. Rechtsbedingungen setzt voraus, daß der Eintritt der betr. Rechtsbedingung wider Treu und Glauben, d. h. unter illoyaler Enttäuschung einer vom Gegner begründetermaßen gehegten Erwartung, vereitelt worden ist. Weigert sich nun aber eine Partei, die zum Abschluß eines Vertrags nach dem Gesetz erforderliche Form zu erfüllen, so versteift sie sich damit lediglich auf eine Gesetzesbestimmung, die der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse aufgestellt hat und die dem Gegner im vorhinein bekannt war oder doch hätte bekannt sein sollen. Ein solches Verhalten aber kann der Gesetzgeber, will er nicht sich selbst desavouieren, nicht als illoyal zu behandeln gestatten. (Vgl. GruchotsBeitr. 52, 1044, PosMSchr. 09, 66.)

§ 163.

RG. 29. 9. 16, JDR. 15 jetzt auch JW. 17, 42 u. SeuffA. 72, 147.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Schrifttum: Buka, Über die Vollmacht zum obligatorischen Grundstücksveräußerungsvertrag, Diss. 1914 (vgl. hierzu Bourier, DNotV. 16, 172). — Bourier, Vertretung im Willen, DNotV. 17, 373. — Ebbecke, Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung, Gruchots Beitr. 61, 558. — Fuchs, Vertragsschluß durch Gesamtvertreter, ZBlFG. 17, 457. — Gottschalk, Die Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht, 1917. — Kemme, Über Stellvertretung bei Annahme an Kindesstatt, BayRpflZ. 17, 11 (siehe zu § 1750 BGB.). — Lade, Die Vertretungsbefugnisse der Ehefrauen von Kriegsteilnehmern, GenBl. 17, 83; 164. — Schiedermaier, Der Nachweis der Bevollmächtigung bei der Schließung von Verträgen, BayNotZ. 54, 189. — Siber, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen, JheringsJ. 67, 81. — Werneburg, Die Blankozession von Kuxen, Holdheims MSchr. 17, 38 (gegen die sog. Vollmachtstheorie, vgl. zu § 398 BGB.). — Wie muß man Vollmachten prüfen? GesuR. 17, 349.

§ 164.

1. Allgemeines über das Wesen der Stellvertretung. Bourier 373 wendet sich gegen das herkömmliche „Schlagwort" von der Vertretung im Willen. Es gibt keine Vertretung im Willen, es gibt nur eine Vertretung im Handeln. „Handeln" ist menschliches Tun, wenn es bewußt gewollt ist, d. h. wenn Bewußtsein und Wille auf das (äußere) Tun gerichtet sind; den mit dem Handeln unlöslich verbundenen (auf das Tun gerichteten) Willen können wir als Handlungswillen bezeichnen. „Vertretung" im Rechtssinne (§ 164) ist rechtsgeschäftl. Handeln für einen anderen in der Art, daß die Rechtswirkungen des Handelns unmittelbar für und gegen den Vertretenen eintreten. — Der Unterschied zwischen Vertreter und Boten liegt nicht in der Beteiligung an der Willensentscheidung, sondern im Handlungswillen, der beim Vertreter der Geschäftswille ist, beim Boten aber der Mitteilungs- bzw. Übermittelungswille (379). — Der Bote „erklärt" nicht, sondern bringt eine fremde Erklärung vor, übermittelt sie, sein Handeln ist nicht ein Teil der Handlung eines Vertreters, sondern ein wesentlich anderes Handeln (381). — Das Recht, die „Willensentscheidung" in der durch die Handlung zu ordnenden Angelegenheit des Geschäftsherrn eigenmächtig (nach eigener Willensentschließung oder „Willenswahl)" zu treffen, ist nicht ein Kennzeichen des Vertretungsrechtes, sondern ein solches des „Verwaltungsrechtes" oder „Geschäftsführungsrechtes" als des Rechtes, fremde Angelegenheiten (Vermögensangelegenheiten) selbständig und unabhängig vom Willen des Geschäftsherrn zu ordnen. Dem Verwalter und nicht dem Vertreter steht also die sog. „Vertretung im Willen" zu (391). — Vgl. auch Kraft, LeipzZ. 14, 463, JDR. 13 Ziff. 2 u. über den Unterschied des Bevollmächtigten vom Treuhänder, München 17. 3. 17, LeipzZ. 17, 1369.

2. Über die rechtliche Natur des Verwaltungsrechts am fremden Vermögen. Siber 80. Die Frage der unselbständigen gesetzl. Vertretungsmacht des bloßen Vermögenspflegers hat zwei Vorfragen: Es ist zunächst zu untersuchen, zu welchen Arten von Verwaltungshandlungen jener zuständig ist — das ist eine Frage des positiven Rechts — und weiter, ob zu diesen Verwaltungshandlungen auch solche gehören, die nur im Namen des Vermögenseigners wirksam vorgenommen werden können — das ist eine Konstruktionsfrage, die sich einfach nach der allgemeinen begrifflichen Bedeutung des Gegensatzes „im eigenen" und im „fremden Namen" beantwortet. Dieser Gegensatz ist nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes, wie nach der herrschenden Meinung auf Rechtsgeschäfte und die Prozeßführung zu beschränken. (99. Wird ausgeführt.)

3. a) Keine Stellvertretung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher bei der Pfändung, da diese nicht Privatwillenserklärung, sondern staatlicher Zwangsakt. **RG.** 4. 5. 17; 90, 193, JW. 17, 769, R. 17 Nr. 1378. Die zwangsweise (§§ 758, 759 ZPO.) Inbesitznahme der Sachen kann eine privatrechtl. Willenserklärung des Gläubigers nicht sein: denn sie liegt außerhalb des Bereichs der privatrechtlichen Willensmöglichkeiten; sie ist ausschließlich eine Amtshandlung des Gerichtsvollziehers, nicht aber zugleich eine privatrechtl. Willenserklärung, die der Gerichtsvollzieher

für den Gläubiger auch nur abgeben könnte. — Die Bestimmungen der ZPO. und der Dienstanweisung ergeben aber weiter, daß der GV. die — tatsächlich immer fehlende — Absicht oder auch nur das — tatsächlich nie vorhandene — Bewußtsein, bei der Wegnahme der Sachen und bei dem dadurch für den Gläubiger entstehenden Erwerb des Pfändungspfandrechts privatrechtlich für den Gläubiger zu handeln, nicht nur nicht haben kann, sondern sogar nicht einmal haben darf. (Im Anschluß an **RG.** 12. 5. 14, JDR. 14 zu § 166, 2, während **RG.** VerZS. 2. 6. 13; 82, 90 die Frage dahingestellt sein läßt.)

b) Andererseits Zulässigkeit der Bevollmächtigung durch den Vormund für die ihm als solchen obliegenden Geschäfte. LG. Kiel 1. 3. 17, Schl.HolstAnz. 17, 132. Die Ausübung eines staatl. Amts ist begrifflich nicht unvereinbar mit der Erteilung einer Vollmacht zur Vertretung in den hierbei nötig werdenden Rechtsgeschäften. Insbesondere liegt in einer solchen Vollmacht noch nicht die Übertragung des Amtes selbst, die allerdings unzulässig wäre. Denn der Dritte handelt nicht aus eigenem Recht, sondern auf Grund der ihm erteilten Vollmacht.

4. Stillschweigende Bevollmächtigung. a) **RG.** 18/25. 11. 16, R. 17 Nr. 168. Daß der Bekl. den L. mit der Erteilung von Auskünften über die Brauerei beauftragte und den Kl. sogar zu diesem Zwecke an L. verwies, ermächtigte den L. nur dazu, tatsächliche Angaben über die Verhältnisse der Brauerei zu machen, nicht aber eine Eigenschaft derselben in der Weise zuzusichern, daß diese Zusicherung durch den später seitens des Bekl. selbst erfolgten Vertragsabschluß ohne weiteres Vertragsbestandteil wurde. (Vgl. Riehl, JDR. 15 zu § 166, 2.)

b) Stuttgart 14. 11. 16, R. 17 Nr. 169. Wer eine Person nach außen hin in eine Stellung bringt, die sie als Bevollm. erscheinen läßt, muß die von dieser Person in diesem Vertretungskreis vorgenommenen Rechtshandlungen als in seinem Namen geschehen gegen sich gelten lassen. Ebenso Hamburg 15. 1. 17, SeuffA. 72, 209 (im Anschluß an **RG.** 43, 190; 50, 76). Vgl. ferner:

α. Gottschalk 54 über die stillschweigenden Vollmachten gewisser Dienstboten und Boten.

β. Kiel 20. 5. 16, JDR. 15, 2 jetzt auch SeuffA. 72, 51.

γ. Posen 5. 10. 16, PosMSchr. 17, 89 (Kauf von Futtermitteln durch den vermögenslosen Ehemann einer Gutsbesitzerin als Kauf für Rechnung der Frau).

δ. Inkassovollmacht für den Bürovorsteher eines Rechtsanwalts. Kiel 14. 6. 16, SchlHolstAnz. 17, 55. Die Vorschrift des § 56 HGB. ist eine Sondervorschrift des Handelsrechts, die der entspr. Anwendung auf ähnliche Verhältnisse nicht fähig ist. Wenn aber ein RA. es duldet, daß die vom Publikum in seinem Anwaltsbüro geleisteten Zahlungen in einer Vielheit von Fällen von seinen Büroangestellten, insbesondere von dem sog. Bürovorsteher, entgegengenommen werden, so gibt er dadurch nach außen hin bekannt, daß er diese Art der Zahlungsleistung gegen sich gelten lassen will. In einer solchen Übung wird daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine den Büroangestellten vom RA. erteilte Vollmacht zu erblicken seien.

ε. Stillschweigende Erteilung einer Vollmacht seitens eines Kriegsteilnehmers an seine Ehefrau, wenn diese das Geschäft fortführt, angenommen von Dresden 16. 6. 16, SächsRpflA. 17, 112. Die Fortführung des Geschäfts durch die Ehefrau könne dem Ehemann — ganz abgesehen davon, daß sie nur seinem Interesse und damit seinem von seiner Frau zu vermutenden Willen entsprochen — nicht unbekannt geblieben sein, da die Eheleute erwiesenermaßen im brieflichen Verkehr gestanden. Schon durch sein Stillschweigen habe er die ihm bekannte Tätigkeit seiner Frau im Geschäfte genehmigt und sie dadurch als seine Stellvertreterin anerkannt und bestellt. Vgl. Lade 83 u. 164.

5. Umfang der Vollmacht. a) Darmstadt 2. 2. 16, HessRspr. 18, 45. Hinsichtlich des Umfanges einer Bevollmächtigung ist davon auszugehen, daß der Vollmachtgeber den

Bevollm. zu allen Handlungen ermächtigen wollte, welche zur Erreichung des Zwecks der Vertretung notwendig waren, und welche auch sonst in anderen Fällen einer gleichen Bevollm. von dieser allgemein als mitumfaßt gelten. — Der zum Verkauf von Grundstücken und zur Abtretung des Kaufpreises Bevollm. ist, wenn die besonderen Umstände nicht eine andere Annahme rechtfertigen, in der Regel noch nicht zur Vereinnahmung des Kauf- bzw. Zessionspreises ermächtigt.

b) Die Vollmacht deckt auch unwirtschaftliche Geschäfte. **RG.** 23. 3. 17, R. 17 Nr. 993. War X durch eine schriftl. Vollmacht nach außen schlechthin zum Verkaufe von Gutserzeugnissen ermächtigt, so sind seine Verträge mit der Kl. für den Bekl. verbindlich, selbst wenn sie mit einer geordneten Wirtschaftsführung nicht verträglich und für den Bekl. nachteilig gewesen sein sollten, und selbst wenn die Kl. beim Abschlusse der Verträge gewußt haben sollte, daß deren Erfüllung nur mit Zuhilfenahme der zur Aussaat erforderlichen Kartoffeln möglich sein werde.

§ 166.

1. Kenntnis im Falle der Haftung nach § 819 BGB. **RG.** 1. 2. 17, BayRpflZ. 17, 155. Wo der Kenntnis des Empfängers ähnliche Wirkungen beigelegt sind, wie sie einem rechtsgeschäftlich gestalteten Verhältnis angehören, muß von der Kenntnis des beschränkt geschäftsfähigen Vertretenen gänzlich abgesehen und das entscheidende Gewicht allein auf die Kenntnis des Vormunds gelegt werden. Dies entspricht auch dem Grundgedanken, der die Vorschriften der §§ 107, 166 Abs. 1 beherrscht.

2. Kenntnis bei Vorverhandlungen. **RG.** 3. 2. 17, BayRpflZ. 17, 218, LeipzZ. 17, 920. Ob Gutgläubigkeit oder Schlechtgläubigkeit des Erwerbes anzunehmen ist, läßt sich nur aus der Person desjenigen ermessen, der die Erwerbshandlung selbst vorgenommen hat. Solange noch nicht feststand, wer den Erwerb der Hypothek für den Bekl. bewirkt hat, ob D. oder er selbst, läßt sich noch nicht einmal entscheiden, auf wessen Gutgläubigkeit oder Schlechtgläubigkeit es ankam. (D. wurde als „tatsächlicher Vertreter" des Bekl. bei den Vertragsverhandlungen angesehen. Vgl. auch Riehl, JDR. 15, 2.)

§ 168.

1. Widerrufsrecht des Vollmachtgebers nach außen, auch wenn die Inkassovollmacht im Interesse des Bevollmächtigten erteilt ist. **RG.** 14. 12. 16, LeipzZ. 17, 389, PosMSchr. 16, 116, R. 17 Nr. 994. An und für sich und abgesehen von dem dafür nicht in Betracht kommenden inneren Verhältnisse zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten hindert die Erteilung einer Vollmacht an einen Dritten den Machtgeber nicht, seine Rechtsgeschäfte selbst vorzunehmen. Der Bevollm. soll den Machtgeber in Willenserklärungen vertreten: handelt der letztere selbst, so bedarf es keiner Vertretung mehr, und der Bevollm. ist nicht berechtigt, sich mit der eigenen Verfügung des Machtgebers in Widerspruch zu setzen und gegen dessen erklärten Willen zu handeln. War die Vollmacht dem Bevollm. in dessen eigenem Interesse erteilt, weil er Gläubiger des Machtgebers war und dem Bevollm. durch die Vollmacht die Mittel an die Hand gegeben werden sollten, aus Außenständen des Machtgebers sich zu befriedigen, so mag er aus dem inneren Rechtsverhältnisse heraus seine Ansprüche gegen den Machtgeber geltend machen; nach außen, aus der Vollmacht heraus kann er gegen den erklärten Willen und gegenüber eigenen Verfügungen des Machtgebers solche Ansprüche nicht verwirklichen wollen: er kann deshalb eine Verfügung seines Machtgebers selbst ohne dessen besondere Ermächtigung nicht widerrufen.

2. Erlöschen der von einem Vertreter erteilten Vollmacht. KG. 22. 2. 17, OLG. 35, 314. Ein von dem gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person für diese erteilte Vollmacht erlischt, wenn sie nicht zeitlich auf die Dauer der Vertretungsmacht beschränkt ist, nicht dadurch, daß der Bevollmächtigende die Vertretungsmacht verliert, sondern erst dadurch, daß der neue gesetzliche Vertreter der juristischen Person die Vollmacht widerruft (KGJ. 32, 187; 37, 269).

3. Generalvollmacht für die Erben. **RG.** 28. 6. 16, JDR. 15, 1 jetzt auch BankA. 17, 328.

§ 171.

1. Anwendung bei Entlassung eines Reisenden. Dresden 17. 4. 17, OLG. 35, 314. Es liegt ein dem § 171 sehr nahestehender Fall vor. — Es entspräche nicht dem Sinne des Gesetzes, dem anderen Vertragsteile in solchen Fällen, wo das Aussenden des Reisenden wegen der ihm vom Gesetze beigelegten Befugnisse einer besonderen Mitteilung der Bevollmächtigung inhaltlich gleichsteht, den Schutz des § 171 zu versagen. — Der sorgfältige Kaufmann pflegt auch in derartigen Fällen seinen Kunden, mit denen noch Geschäfte schweben, das Erlöschen der Handlungsvollmacht anzuzeigen.

2 Über die Anwendung des aus §§ 171, 172, 405, 409 BGB. sich ergebenden Rechtsgedankens auf den Fall, daß der Gläubiger einer Briefhypothek dem Zessionar eine privatschriftliche Urkunde über die Abtretung der Hypothek und den Hypothekenbrief aushändigt, **RG.** 23. 5. 17; 90, 294. (Dem dritten Erwerber gegenüber ist der Einwand, daß die Hypothek in Wirklichkeit nicht übereignet sei, ausgeschlossen.)

§ 172.

Nachweis der Bevollmächtigung bei der Schließung von Verträgen. Schiedermair 191. Vom Standpunkt der Entsch. **RG.** 5. 10. 16, JDR. 15, 2 (jetzt auch LeipzZ. 17, 42 u. SeuffA. 72, 210) aus wird es bei der Beurkundung von Verträgen, um dem Dritten die Vorteile des § 172 zu sichern, notwendig sein, auf die Vorlage der Urschrift der Vollmacht hinzuwirken und ausdrücklich festzustellen, daß die Vollmacht dem Gegenteil vorgelegt wurde. Vorlegung liegt vor, wenn die Urkunde der sinnlichen Wahrnehmung des Dritten unmittelbar zugänglich gemacht wurde. In Fällen, in denen die Vollmacht bei einer Behörde z. B. einem Grundbuchamt liegt, kann die Vorlegung auch in der Weise erfolgen, daß der Gegenteil zur Einsicht in die Vollmacht bei der Behörde ermächtigt wird und Einsicht nimmt (OLG. 28, 37). — Ebenso GesuR. 17, 349.

§ 177.

1. Vertragsabschluß durch Gesamtvertreter. Fuchs 472 gelangt nach eingehender Widerlegung der von **RG.** 14. 2. 13; 81, 325 vertretenen, in 61, 223 näher begründeten Rechtsauffassung zu dem Ergebnis: Hat ein Gesamtvertreter als solcher, d. h. in seiner Eigenschaft als Gesamtvertreter (über die verschiedenen Formen des Auftretens vgl. 475), eine Vertragserklärung abgegeben, so kann die zum Zustandekommen des Vertrages mit Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen erforderliche Mitwirkung der übrigen Gesamtvertreter, auch wenn sie in der äußeren Form der Zustimmung zu der Erklärung des ersten Gesamtvertreters geschieht, nicht anders als durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner erfolgen und bedarf bei formbedürftigen Rechtsgeschäften der Form. Hat ein Gesamtvertreter aber unter Abstandnahme von dieser seiner Eigenschaft die Vertretungserklärung abgegeben, so kann die zum Zustandekommen des Vertrages erforderliche Mitwirkung der übrigen Gesamtvertreter auch durch eine Erklärung der übrigen Gesamtvertreter gegenüber dem ersten Gesamtvertreter geschehen, vorausgesetzt, daß der erste Gesamtvertreter mit dieser Genehmigung einverstanden ist, ebenso natürlich auch durch die gegenüber dem ersten Gesamtvertreter abgegebene Erklärung der Genehmigung durch so viele Gesamtvertreter, als zur Vertretung der Gesellschaft, Genossenschaft usw. erforderlich sind; in diesem letzteren Fall ist das Einverständnis des ersten Gesamtvertreters mit der Genehmigung nicht erforderlich. Die Genehmigungserklärung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.

Abgesehen davon kann der eine von mehreren Gesamtvertretern von der Gesamtheit der Vertreter, also unter seiner eigenen, wenn auch nur stillschweigenden Mitwirkung, zur Vornahme eines einzelnen Geschäftes oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften durch eine ihm gegenüber abzugebende Erklärung ermächtigt werden, auf Grund dieser

Erklärung kann dann der Bevollmächtigte den Vertrag für die Ges. usw. wirksam abschließen, ohne daß die Bevollmächtigung dem Vertragsgegner gegenüber kundgegeben zu sein braucht. Die Vollmacht bedarf bei formbedürftigen Rechtsgeschäften nicht der Form.

2. Unzulässigkeit einer teilweisen Genehmigung. **RG.** 13. 7. 16, PosMSchr. 17, 5. Es ist nicht angängig, eine rechtsverbindl. Genehmigung des durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages für einzelne Teile der getroffenen Vereinbarung zu erteilen, für andere dagegen abzulehnen (wie denn auch die Annahme eines Vertragsantrages unter Erweiterungen, Einschränkungen oder Änderungen als dessen Ablehnung gilt, §§ 151, 154 BGB.).

§ 179.

1. Anwendbarkeit der Gesetzesvorschrift auf dingliche Verträge. Kiel 20. 2. 17, OLG. 35, 164, SchlHolstAnz. 17, 156. Zwar kann bei solchen dinglichen Verträgen (es handelte sich um die Annahme einer Zahlung durch den Bekl., der hierbei als Vertreter ohne Vertretungsmacht für eine aufgelöste o. HGes. gehandelt hatte), von einem wahlweise gegebenen Anspruch auf Erfüllung, den nur der schuldrechtliche Vertrag erzeugt, nicht die Rede sein. Insoweit schließt die rechtliche Natur des dinglichen Vertrages die Anwendung des § 179 aus, aber ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den vermeintlichen Vertreter ist auch bei dinglichen Verträgen möglich, und da der § 179 dem allgemeinen Teil des BGB. angehört und einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält, ist diese Vorschrift auch auf dingliche Verträge anzuwenden, soweit deren Rechtsnatur dem nicht entgegensteht.

2. Hilfsweise Geltung der Gesetzesvorschrift. **RG.** 29. 6. 17, LeipzZ. 17, 1138. Kann der Kl. kraft § 28 HGB. die Erfüllung der Verbindlichkeit von der Ges. fordern, so kann er sie nicht daneben auch von der Bekl. auf Grund des § 179 fordern. § 179 Abs. 1 gibt einen Erfüllungsanspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht nur dann, wenn der Erfüllungsanspruch gegen den Vertretenen versagt, und einen Anspruch auf Ersatz nur desjenigen Schadens, der dadurch entstanden ist, daß der Vertrag gegen den Vertretenen nicht wirksam geworden ist.

3. Zur Auslegung des Abs. 3 Satz 2. Düsseldorf 16. 2. 17, BankA. 17, 66, LeipzZ. 17, 1007. Daraus, daß das Gesetz diesen Einzelfall ausdrücklich hervorhebt, könnte geschlossen werden, daß in allen anderen Fällen der Vertreter ohne Rücksicht darauf haften solle, ob er bei Annahme des Rechtsgeschäfts in eigenem Namen verpflichtet gewesen wäre oder nicht. Diese Folgerung wäre aber irrig, wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt. (Wird ausgeführt.) Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen ist demnach der Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit besonders erwähnt worden, ohne daß damit dieser Fall als ein Ausnahmefall hingestellt werden sollte. (Vorliegend wurde angenommen, daß bei Börsentermingeschäften der Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 nur dann hafte, wenn er persönlich termingeschäftsfähig sei. Es wäre widersinnig, jemand aus der Vornahme eines Rechtsgeschäfts deshalb haften lassen zu wollen, weil er es als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat, während er nicht haftbar wäre, falls er das nämliche Geschäft im eigenen Namen vorgenommen hätte.)

§ 180.

Einverständnis i. S. des § 180 S. 2. LG. II Berlin. GewuKfmG. 22, 128. Das Einverständnis, das bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorhanden sein muß, braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, es kann nach den Umständen sich aus dem konkludenten Verhalten ergeben, vorausgesetzt, daß der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte. (Ein solches Verhalten wurde vorliegend darin gefunden, daß die Angestellte auf die Bemerkung eines nicht allein vertretungsberechtigten Direktors der AG. „Betrachten Sie sich als entlassen" mit den Worten „Ich habe gehört, Herr Direktor, adieu" das Zimmer verlassen hatte. Die erforderliche Genehmigung der bekl. AG. war — mit rückwirkender Kraft **RG.** 66, 430 — einige Tage darauf erklärt worden.)

§ 181.

1. Anwendung der Gesetzesvorschrift bei Gesamtvertretung. **RG.** 3. 2. 17; 89, 367, LeipzZ. 17, 1049. Daß die Kollektivvertretung auf der einen, die Einzelvertretung auf der anderen Seite die nach § 181 vorausgesetzte und notwendige Personenidentität ausschlössen, kann der Rev. nicht zugegeben werden. Vielmehr steht auch in solchem Falle dieselbe Person als Vertreter auf beiden Seiten, auf der einen Seite allein, auf der anderen Seite als eine der mehreren Personen, deren Mitwirkung zum Zustandekommen einer für den Vertretenen rechtsverbindlichen Willenserklärung erforderlich ist. (Betraf die Bestellung einer Hypothek im Namen einer G. m. b. H. zugunsten einer anderen durch dieselben Geschäftsführer vertretenen.) Vgl. auch zu §§ 128 und 873 BGB.

2. Nachträgliche Genehmigung des gegen § 181 verstoßenden Geschäfts. Celle 28. 10. 16, LeipzZ. 17, 616. Nach der in der Rechtspr. herrschenden Ansicht (**RG.** 68, 40, 180; 71, 162, OLG. 26, 283) ist ein gegen § 181 verstoßendes Geschäft auch dann, wenn der gesetzliche Vertreter gehandelt hat, nicht nichtig, sondern bedarf nur der Genehmigung des Vertretenen. (Diese hatte vorliegend die Kl. nach erlangter Großjährigkeit dadurch erteilt, daß sie sich Zahlungen aus dem Guthaben, dem der Vater den geschenkten Betrag hatte zuschreiben lassen, leisten ließ.) Vgl. auch **RG.** 3. 2. 17; 89, 374, wo die bisherige Rechtspr. aufrecht erhalten wird.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§ 182.

Stillschweigende Einwilligung. Stettin 2. 12. 16, LeipzZ. 17, 617. § 182 Abs. 1 fordert nicht, daß die Zustimmung dem einen oder dem anderen Teile gegenüber erklärt werde. Es muß auch ein sonstiges zuverlässiges Erkennbarwerden genügen, nicht anders als bei Willenserklärungen überhaupt, jedenfalls, soweit bei ihnen eine Formvorschrift nicht gegeben ist. (Die Kl. machte gegenüber ihrer Tochter Rechte auf ein gütergemeinschaftl. Grundstück geltend, das angeblich ohne ihre Genehmigung an die Bekl. veräußert worden war. Die Bekl. wandte ein, die Kl. habe das von ihr bei dem Verkaufe den Eltern bestimmte Nießbrauchsrecht benutzt, um die Räumung des bereits an einen Dritten weiterverkauften Hofes von diesem zu erzwingen. Hierin wurde vom OLG. eine Genehmigung gefunden. Kl. habe erklärt, daß ihr zustehe, was sie jetzt bestreiten wolle.)

§ 183.

Über die entsprechende Anwendung des § 183 auf die Zustimmung (Einwilligung) zum Austritt aus der Beschäftigung bis zur Erteilung des Abkehrscheins vgl. Riezler, Der Abkehrschein, LeipzZ. 17, 1025.

§ 185.

1. Über Anwendung des § 185 Abs. 1 (formlose Einwilligung) auf die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden. **RG.** 10. 11. 16, siehe zu § 1145 BGB.

2. Nachträgliche Genehmigung der Wechselzeichnung durch das Versprechen, für die Deckung aufkommen zu wollen. Kiel 21. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 196. Die Kl. behauptet weiter, daß der Bekl. dem kl. Prokuristen erklärt habe, er werde für die Deckung der Wechsel aufkommen und diese bezahlen. Hat der Bekl. eine solche Erklärung abgegeben, so muß sie bei einer Auslegung nach Treu und Glauben zugleich als eine nachträgl. Genehmigung der von dem Dritten zunächst unbefugt auf die Wechsel gesetzten Namensunterschriften des Bekl. aufgefaßt werden. — Zu erfordern ist aber für den Tatbestand der Genehmigung ein Verhalten des Bekl., das unzweifelhaft zu erkennen gab, daß er die Wechsel als für sich verbindlich anerkannte. (Wird vorliegend verneint.) Vgl. Mansfeld, LeipzZ. 14, 801, JDR. 13 zu § 126, 3.

3. Darüber, daß eine Abtretung und eine sonstige dingliche Einigung auch mit Bezug auf eine auf der Grundlage einer vorhandenen Hypothek

erst in Zukunft entstehenden Eigentümergrundschuld wirksam wird (ständige Rechtspr. des **RG.** 51, 116; 56, 14; 82, 29; 67, 167; 74, 418), siehe **RG.** 29. 9. 17 zu § 1185 Ziff. 1 BGB.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§ 193.

Anwendung auf Stundenfristen. Dresden 16. 1. 17, LeipzZ. 17, 485, OLG. 35, 315, SächsOLG. 38, 271, SeuffA. 72, 111. Der Ansicht des LG., der § 193 greife bei einer nach Stunden bemessenen Frist nicht Platz, kann nicht beigetreten werden. Der § 193 unterscheidet nicht, ob die Frist eine nach Monaten, Wochen, Tagen oder eine nach Stunden bemessene ist. Allerdings wird bei einer Stundenfrist häufig nach dem Parteiwillen die Berücksichtigung des Sonn- oder Feiertags als ausgeschlossen zu gelten haben. Aber das ist nicht für Anzeigefristen (wie im gegebenen Falle für die Anmeldung eines Unfalls) anzunehmen, auf die § 193 an sich Anwendung findet. Im vorliegenden Falle entspricht es gerade dem dem § 193 zugrunde liegenden Zwecke der Förderung der Sonntagsruhe, die Stundenfrist unter Auslassung des Sonntags zu berechnen. Denn dem Anspruchsberechtigten, der am Sonnabend von dem tödlichen Unfall des Versicherten erfährt, wird es meist schwierig, wenn nicht unmöglich sein, für ein rechtzeitiges Zugehen der Anzeige bei der Bekl. am Sonntag zu sorgen.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Schrifttum: Ebbecke, Zum Begriff des Anspruchs im Sinne der Verjährungsvorschriften, LeipzZ. 17, 833. — Reichel, Drohender Feindeseinfall als höhere Gewalt im Eisenbahntransportrecht, LeipzZ. 17, 382. — Salomon, Der Einfluß der negativen Feststellungsklage auf die Anspruchsverjährung, LeipzZ. 17, 1157. — Tischbein, Ausländerkriegsrecht und materieller Rechtsverlust, BayRpflZ. 17, 202.

§ 194.

Zum Begriff des Anspruchs im allgemeinen. Ebbecke 833. Aus der allgemein lautenden Bestimmung des § 194 könnte man geneigt sein, die Folgerung zu ziehen, daß jeder Anspruch für sich einer selbständigen Verjährung unterliegt. Es fragt sich, ob dies auch zutrifft, wenn aus einem Rechtsverhältnis (Verpflichtungsverhältnis) mehrere zeitlich auseinanderfallende Ansprüche entspringen, die das Gesetz zu einer einheitlichen Klage zusammenfaßt. — (Wird untersucht für die in §§ 985 ff. BGB. behandelten Ansprüche aus dem Eigentum; für den Erbschaftsanspruch; für die mit der Vertragsklage in Verbindung tretenden Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche.)

§ 196.

1. Ziff. 1. a) Verjährung des Anspruchs auf Vergütung für nicht zurückgegebene Verpackung. Stuttgart 24. 11. 16, R. 17 Nr. 171. Der Anspruch auf diese Vergütung ist hinsichtlich der Verjährung dem Anspruch auf den Kaufpreis für die gelieferte Ware gleichzuachten. Da aber die Kl. erst dann eine Vergütung verlangen darf, wenn ein Jahr seit der Lieferung verstrichen ist, ohne daß die Flaschen zurückgegeben wurden, so ist der Anspruch der Kl. auf Bezahlung jeder einzelnen nicht zurückgegebenen Flasche erst ein Jahr nach ihrer Lieferung entstanden.

b) **RG.** 19. 9. 16, JDR. 15, 1a jetzt auch 89, 163 u. SeuffA. 72, 28.

2. Ziff. 7. Betrieb einer privaten Ingenieur-Akademie ist ein Gewerbebetrieb des Unternehmers. Rostock 14. 12. 16, MecklZ. 35, 245, OLG. 35, 317. Es gibt zahlreiche Fälle, wo die künstlerische oder wissenschaftl. Tätigkeit zu einer gewerbsmäßigen gemacht wird, indem sie mit Einrichtungen und Anstalten verbunden wird, die nicht sowohl der Betätigung der eigenen Kunst und Wissenschaft als dem Zwecke dienen, die Erwerbsmöglichkeit zu einem Umfange zu steigern, der durch die eigene Berufsausübung allein nicht erreicht werden kann. (Vgl. **RG.** 75, 52 bezüglich eines Theaterunter-

nehmens, 64, 157 bezüglich eines Sanatoriums.) Dieser Gesichtspunkt trifft im vorliegenden Falle zu. (Wird näher ausgeführt.)

§ 197.

Verjährung der Ansprüche auf Büchereinsicht und auf Gewinnanteil. Breslau 20. 1. 17, OLG. 35, 317. Der Gewinnteilsanspruch (und das damit in Zusammenhang stehende Büchereinsichtsrecht als Nebenrecht) gehört nicht zu den Ansprüchen auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 197. Es hängt in jedem einzelnen Jahre davon ab, ob überhaupt ein Gewinnanteil erzielt wird. Vgl. JDR. 15.

§ 198.

1. Beginn der Verjährung aus § 32a RAO. KG. 30. 10. 16, OLG. 34, 15. (Der Anwalt hatte schuldhaft die rechtzeitige Erhebung eines Schadensanspruchs unterlassen, der auf Grund des sofort erhobenen Einwandes der Verjährung abgewiesen wurde.) Der jetzige Schaden des Kl. besteht darin, daß der Kl. durch die Verjährung außerstand gesetzt worden ist, den Anspruch im Vorprozesse siegreich durchzuführen. In diese Lage ist der Kl. nicht schon durch die Vollendung der Verjährung, sondern erst dadurch versetzt worden, daß der Gegner im Vorprozesse sein Recht, die Leistung zu verweigern (§ 222), gebraucht hat. Die naheliegende Möglichkeit, daß die Verjährung eingewendet werde, ist an sich noch kein Schaden. Es bedurfte hiernach erst des Hinzutritts eines zufälligen Ereignisses, nämlich der Erhebung der Einrede, um die schädlichen Folgen der Unterlassung herbeizuführen.

Aufgehoben durch **RG.** 23. 3. 17; 90, 82, R. 17 Nr. 996, 1159. Der Rückgriffsanspruch ist eine Schadensersatzforderung, die sich auf eine Pflichtverletzung des Anwalts und auf einen hierdurch entstandenen Schaden gründet. Bereits mit dem Ablaufe der Verjährungsfrist entsteht der sich für den Gläubiger ergebende Schaden. In diesem Zeitpunkte wird der Anspruch, der bis dahin ein rechtlich mangelfreier war, mit einer zerstörlichen Einrede, also einem rechtlichen Mangel behaftet. Die Auffassung des BG. würde zu unhaltbaren Folgerungen führen. Der Beginn der Verjährung des Rückgriffsanspruch wäre vollständig in das Ungewisse gesetzt.

2. Fälligkeit und Verjährung der Anwaltsgebühren. Celle 23. 9. 16, OLG. 35, 320. Nach § 85 RAGO. entsteht die Fälligkeit der Gebühren beim Vorliegen eines jeden der drei dort erwähnten Fälle (sobald über die Tragung der Gebühren entschieden ist, bei Beendigung der Instanz oder bei Erledigung des Auftrags.) Daher muß jeder der Umstände des § 85 mit der Fälligkeit der Gebühren deren Verjährung in Lauf setzen.

3. Anspruch des Angestellten auf Gewinnanteil. Hamburg 27. 6. 17, OLG. 35, 319. Der Anspruch des Kl. auf Zahlung des Gewinnanteils ist in dem Zeitpunkt entstanden, in welchem die Bilanz fertiggestellt war, nicht erst mit der Mitteilung der Bilanz an den Kl.

§ 203.

1. Zum Begriff des Stillstandes der Rechtspflege. Tischbein 252. Stillstand der Rechtspflege i. S. des § 203 ist nur der Stillstand des § 245 ZPO., d. h. ein Nichtarbeiten der staatlichen Rechtsprechung entgegen der bestehenden Rechtsordnung infolge tatsächlicher Verhinderung. (Tischbein bejaht daher die Fortdauer der Verjährung im Falle der BRVO. v. 7. 8. 14 über die Geltendmachung von Ansprüchen von Personen, die im Auslande ihren Wohnsitz haben, RGBl. 360, weil hier die Gerichte infolge einer Änderung der Rechtsordnung untätig bleiben. Vgl. Kriegsbuch 1, 321; 6, 626). Vgl. auch **RG.** 15. 10. 17, WarnE. 17, 449.

2. Höhere Gewalt. *Reichel 382. Zur Erfüllung des Begriffs „höhere Gewalt" genügt es, daß ein katastrophales Ereignis unmittelbar droht, hierdurch aber eine Massenpanik erzeugt wird, ob das Ereignis hinterher wirklich eintritt, ist dann unerheblich.

§ 209.

1. Wahrung einer Anspruchsfrist durch rechtsunwirksame Klageerhebung, wenn die Klageerhebung nachträglich prozessual wirksam wird. **RG.** 23. 3. 17, JW. 17, 659, LeipzZ. 17, 1329. Die Frage, ob im einzelnen Fall eine rechtswirksame Erhebung der Klage vorliegt, ist lediglich nach dem Prozeßrecht zu entscheiden. Hat eine an irgendeinem Mangel leidende und deshalb an sich der Wirksamkeit entbehrende Klageerhebung auf Grund prozeßrechtl. Vorschriften nachträglich mit rückwirkender Kraft die gleiche Wirksamkeit erlangt, als sei sie niemals mit dem Mangel behaftet gewesen, so muß einer solchen Klageerhebung auch die bürgerlich-rechtliche Wirkung einer rechtswirksamen Klageerhebung beigemessen werden. Zutreffend hat es RG. (II. Sen.) 8. 6. 15; 86, 245 (soll heißen 19. 2. 15 und III. ZS., vgl. JDR. 14, 2) für ausgeschlossen erklärt, daß eine Klageerhebung prozessual wirksam, aber der materiellrechtlichen Wirkung entbehren könnte. Die Eigenschaft der Anfechtungsfrist als einer Ausschlußfrist rechtfertigt nicht eine abweichende Auffassung. (Betraf § 30 Nr. 1 KO.)

2. (Umfang der Unterbrechung.) Unterbrechung der Verjährung durch Feststellungsurteil für spätere Rentenansprüche aus § 843 BGB. Posen 6. 7. 17, PosMSchr. 17, 64. Festgestellt war, „daß der Bekl. verpflichtet ist, den Schaden der Ehefrau aus dem Unfall, soweit er sich bezieht auf Kur- und Verpflegungskosten, auf Vermehrung der Bedürfnisse, auf Badereisen, Reparaturen und Ersetzung der künstlichen Gliedmaßen zu ersetzen". Abgewiesen war der Anspruch auf Erwerbsverminderung. Der Einwand der Verjährung aus § 8 HaftpflG. gegenüber diesem Anspruch wurde zurückgewiesen, da nach der Rechtspr. des **RG.** (47, 405; 69, 296, JW. 14, 408) die Rentenentschädigung aus § 843 BGB. eine einheitliche sei.

§ 211.

Stillstand des Prozesses. 1. Hamburg 28. 11. 16, JW. 17, 174. Wenn eine Prozeßpartei nach erfolgter Terminsansetzung in der Zeit bis zum Stattfinden des Termins ohne besondere Veranlassung keine weiteren Schritte im Prozeßbetriebe unternimmt, so kann ein solches passives Verhalten ebensowenig als ein „Nichtbetreiben" i. S. des § 211 angesprochen werden, wie der Umstand, daß zwischen Terminsbestimmung und Termin nichts weiter erfolgt, als „Stillstand des Prozesses" bezeichnet werden kann. Der Prozeß bleibt vielmehr, solange ein noch unerledigter Verhandlungstermin bevorsteht, im Gange und die Verjährung unterbrochen. (Zu § 21 UnlWG.)

2. Vereinbarter Stillstand. München 15. 2. 17, SeuffA. 72, 216. Im Verhandlungstermin hatten die Anwälte der Parteien erklärt, daß sie mit Rücksicht auf einen anderen gegen die Bekl. anhängigen Prozeß keine Anträge stellten. Von da lief eine neue (dreimonatige) Verjährungsfrist (gegen die Erben des verstorbenen Wechselausstellers), die auch dadurch nicht beseitigt werden konnte, daß der Prozeß durch Vereinbarung der Parteien in Stillstand geriet. In dieser Vereinbarung liegt weder eine Stundung und zwar schon deshalb nicht, weil es sich um einen bestrittenen Anspruch handelte, noch auch ein Verzicht auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede, da man damals die Verjährung überhaupt nicht im Auge hatte.

3. **RG.** 26. 9. 16, JDR. 15, 3 jetzt auch DJZ. 17, 239, GruchotsBeitr. 61, 117 u. SeuffA. 72, 115.

§ 212.

1. Begriff der Klagezurücknahme. **RG.** 19. 4. 17, R. 17 Nr. 997. Wenn der Kl., nachdem ein Teil seines Anspruchs bei der Entsch. übergangen ist, weder einen Antrag auf Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO. angebracht, noch Berufung eingelegt hat, so bedeutet dies nicht eine Zurücknahme der im Urteile noch nicht erledigten Klage; eine solche würde einen prozeßrechtl. Willensakt voraussetzen, ein nur leidendes Verhalten erfüllt ihren Tatbestand nicht; es bedeutet vielmehr nur ein Ruhenlassen des weitergehenden Anspruchs i. S. des § 211 Abs. 2, das die Unterbrechung der Verjährung, die durch die

Klageerhebung eingetreten ist, beendigt und den Beginn einer neuen Verjährung einleitet (**RG.** 66, 12; 75, 286).

2. **RG.** 6. 6. 16, JDR. 15 jetzt auch 88, 294; wird von Fuchs, JW. 17, 323 als formaljuristisch bekämpft.

§ 218.

Einfluß der negativen Feststellungsklage auf die Anspruchsverjährung. Salomon 1157 bekämpft **RG.** GruchotsBeitr. 51, 1052, wonach, wenn über die negative Feststellungsklage rechtskräftig zugunsten des Bekl. entschieden sei, diesem Urteil zum mindesten die Wirkung beigemessen werden dürfe, die eine Geltendmachung des Anspruchs durch positive Feststellungskl. mittels der Unterbrechung der Verjährung herbeigeführt haben würde. Die Gleichstellung des eine negative Feststellungskl. abweisenden rechtskräftigen Urteils mit der Erhebung der positiven Feststellungskl. entbehrt der inneren Berechtigung. In dem Zeitpunkt, in welchem das Urteil auf Abweisung der negativen Feststellungskl. ergeht oder rechtskräftig wird, kann die Verjährungsfrist bereits verstrichen sein. Es wäre eine auffallende Unstimmigkeit, wenn während des Schwebens des neg. Feststellungsstreits die Verjährungsfrist fortlaufen, dagegen das das Verfahren abschließende rechtskräftige Abweisungsurteil eine 30jährigen Verjährung des vom Bekl. geltend gemachten Anspruchs herbeiführen sollte.

§ 220.

Unterbrechung nach § 211 im Schiedsverfahren. Breslau 23. 1. 5, OLG. 34, 16. Der Rechtssatz des § 211 findet nach § 221 nur entsprechende, d. h. mit durch die Eigentümlichkeiten des Schiedsgerichts bedingten Änderungen im Schiedsverfahren Anwendung. Regel wird nur sein, daß, wenn ein Obmann ernannt ist, sich die Partei mit ihren Anträgen, die Sache zu betreiben, an diesen wendet; ist aber kein Obmann ernannt, so bleibt der Partei nichts anderes übrig, als sich an ihren Schiedsrichter zu wenden.

§ 222.

1. Berücksichtigung einer Ausschlußfrist von Amts wegen? Jäger, JW. 17, 659 Anm. 2. Die Wendung: „Die Ausschlußfrist ist von Amts wegen zu berücksichtigen, die Verjährung nur, wenn der Bekl. sich auf sie beruft" ist irreführend. Wohl hat das Gericht den Ablauf von Ausschlußfristen wie andere rechtsaufhebende Tatsachen im Gegensatz zur Vollendung der Verjährung (§ 222), nicht nur auf Geltendmachung durch den Bekl., sondern auch dann der Entsch. zugrunde zu legen, wenn der Kl. selbst, namentlich der allein verhandelnde Kl. (§ 331 ZPO.), einen Sachverhalt vorträgt, der den Ausschluß ergibt. Keineswegs aber muß es die Wahrung jeder Ausschlußfrist in dem Sinne „von Amts wegen" prüfen, daß es auch die Wahrheit des Parteivorbringens zu kontrollieren hätte. Wie sollte dies auch mit dem Verhandlungsgrundsatz der ZPO. vereinbar sein?

2. Vorbehaltlose Zahlung eines Teilbetrages nach Ablauf der Verjährung. Dresden 14. 7. 16, SächsRpflA. 17, 96. (Die Bekl. hatte in erster Linie die Einrede der Verjährung vorgeschützt, in zweiter Linie mit einer Gegenforderung aufgerechnet, demnächst einen Teilbetrag von 400 M. gezahlt.) Die Bekl. hätte sich, wenn sie Kenntnis von der eingetretenen Verjährung hatte, was Voraussetzung für die Annahme eines Verzichts wäre, auf die Verjährung dem ganzen Klaganspruche gegenüber berufen können; sie hat das aber nicht getan, vielmehr insoweit, als sie gezahlt hat, auf die Verjährungseinrede unzweifelhaft verzichtet. Das zwingt aber keinesfalls zu der Annahme, daß sie auf die Verjährungseinrede in einem weiteren als in dem darin liegenden Umfange habe verzichten wollen. Sie kann sich sehr wohl veranlaßt gesehen haben, von der Verjährung insoweit keinen Gebrauch zu machen, als ihr durch Erhebung der Einrede ein auch nach ihrer Meinung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteil erwachsen würde.

§ 225.

Verstößt die Umwandlung einer Zinsschuld in ein verzinsliches Darlehn gegen § 225 BGB.? Kiel 16. 1. 17, OLG. 35, 321, SchlHolstAnz. 17, 225.

Unter § 225 fallen nur solche Geschäfte, die unmittelbar auf eine Erschwerung gerichtet sind, nicht aber auch solche, die nur in ihren Folgen mittelbar zu dieser Erschwerung führen. — Gegen § 225 verstößt die Abrede nicht, weil sie nicht zum Gegenstande hat eine vertragsmäßige Verlängerung der Verjährung für eine in ihrem Schuldgrunde unverändert bleibende Schuld, sondern weil sie auf Umwandlung des ursprüngl. Schuldgrundes gerichtet ist.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

§ 226.

Über *Hoeniger, Riskante Rechtsausübung, vgl. Vorbem. zur ZPO.

§ 228.

Verhältnis des § 228 zu § 904 BGB. Begriff der gefahrdrohenden Sache. **RG.** 29. 4. 14; 88, 211, HansGZ. 17 Hptbl. 166. Die §§ 228 u. 904 BGB. verhalten sich über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Eingriffs, welchen der Eigentümer der fremden Sache zu dulden verpflichtet ist. § 904 behandelt den Fall, in welchem jemand sich einer fremden Sache bedient, um einer nicht von ihr ausgehenden Gefahr zu begegnen, § 228 dagegen den Fall, in welchem er sich gegen die Sache wendet, „durch welche" die Gefahr droht, d. h. welche sie erzeugt hat und ohne Abwehrmaßregeln fortwirken lassen würde. § 904 setzt voraus, daß der durch die Einwirkung entstehende Schaden bedeutend geringer ist, als der dem Einwirkenden drohende, und verpflichtet den Täter zur vollen Entschädigung des fremden Eigentümers. § 228 verlangt dagegen nur, daß der angerichtete Schaden nicht außer Verhältnis zu dem abzuwendenden steht und läßt unter dieser Bedingung die Beschädigung und selbst die Zerstörung der „drohenden" Sache ohne Entschädigung ihres Eigentümers zu, es sei denn, daß der Handelnde selbst die Gefahr schuldhaft herbeigeführt hat. Diese Gegenüberstellung zeigt, daß § 228 die Interessen des Geschädigten hinter die des Bedrohten weit mehr zurücktreten läßt als § 904. (Es wird sodann **RG.** V 8. 5. 09: 71, 242 beigetreten, wonach der Gesetzgeber sich in den §§ 227, 228 von der Vorstellung eines Angriffs hat leiten lassen, der in § 227 von der Person, im Falle des § 228 von einer Sache ausgeht, und daß daher eine enge Auslegung des Begriffs der „gefahrdrohenden Sache" geboten ist.) Als eine solche kann nur ein Gegenstand gelten, der unmittelbar aus sich heraus ein fremdes Rechtsgut gefährdet und der, als Person gedacht, wie ein Angreifer zu behandeln und durch eine angemessene Abwehrhandlung unschädlich zu machen wäre.

§ 240.

Dresden 11. 10. 15, SeuffA. 72, 178. Kein Anspruch auf Herausgabe von Zinsscheinen, wenn beim Sinken des Kurswerts die Sicherheit nicht erhöht wird.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Schrifttum: Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht, München u. Leipzig **1917.**

§ 241.

1. **RG.** 13. 12. 16, LeipzZ. 17, 801, PosMschr. 17, 92. Auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse herrscht grundsätzlich Vertragsfreiheit. Es kann deshalb durch Vertrag ein auf eine beliebige Leistung gerichtetes Schuldverhältnis begründet werden, soweit nicht besondere einschränkende Vorschriften (§§ 306 ff., 138) oder dem BGB. zugrunde liegende, wenn auch darin nicht ausdrücklich ausgesprochene, zwingende Rechtsgrundsätze allgemeiner Art entgegenstehen.

2. **RG.** 7. 1. 16, JW. 17, 81. Kraft der Vertragsfreiheit können die Vertragschließen-

den vereinbaren, daß Zinsen für einen ohne die Pflicht zur Rückzahlung hingegebenen Betrag zu entrichten seien (vgl. **RG.** 53, 297).

§ 242.

1. **RG.** 3. 7. 17; 90, 374, R. 17 Nr. 1572. Dem Gericht steht nicht die Macht zu, zur Milderung der durch den Krieg geschaffenen Härten einen Ausgleich zwischen den Vertragsparteien zu schaffen (**RG.** 86, 397). Insbesondere hat die Gesetzgebung der Kriegszeit keine allgemeinen Grundsätze nach dieser Richtung aufgestellt.

2. **RG.** 2. 1. 17, R. 17 Nr. 348. Der Schuldner ist nicht verpflichtet, durch die ihm obliegende Leistung einer unlauteren, gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung des Gläubigers behilflich zu sein.

3. **RG.** 8. 12. 16, HoldheimsMSchr. 17, 69. Ein Spekulieren auf fremde Kosten steht Treu und Glauben durchaus entgegen.

4. **RG.** 21. 11. 16, R. 17, 176. Hat der Verkäufer seine bei dem vorliegenden Abladegeschäft bestehende Verpflichtung, die Ware im Abladehafen zu verschiffen, erfüllt, dann kann sich der Käufer seiner Kaufpreisforderung gegenüber nicht auf § 242 deshalb berufen, weil der Verkäufer Franzose ist, also zu einem Staate gehört, der mit dem Deutschen Reiche sich im Kriege befindet, und weil die Ware von dessen Verbündeten, England, aller Wahrscheinlichkeit nach gekapert worden ist. Für die Handlungen der kriegführenden Mächte ist der Verkäufer nicht verantwortlich; daß er aber irgendwie auf die Kaperung eingewirkt hätte, ist nicht behauptet.

5. **RG.** 10. 11. 16, R. 17, 28. Ein Verstoß gegen § 242 liegt nicht darin, daß der Verkäufer die Auskunft auf den Vorwurf verweigert, er habe seine Rohstoffvorräte statt für den klagenden Käufer für einen Dritten verwendet.

6. Kiel 15. 5. 17, LeipzZ. 17, 1098, SchlHolstAnz. 17, 201. Aus einem Vertrage, durch den sich jemand verpflichtet, eine Anzahl seiner Arbeiter für den Betrieb eines anderen zu stellen, ergibt sich für diesen anderen die Nebenpflicht, sich nicht in das innere Verhältnis der Arbeiter zu ihrem Arbeitgeber zu mischen und sie diesem nicht abspenstig zu machen.

7. Krückmann, Etwas aus der Praxis und für die Praxis, JW. 17, 576. Jede Partei hat der anderen alle die Umstände, Tatsachen und Verhältnisse anzuzeigen, die die andere Partei nicht wissen kann, die aber für ihre Entschlüsse und Handlungen bedeutungsvoll sind. Dies gilt nicht nur in dem Falle, daß der Schuldner in Unmöglichkeit der Leistung geraten ist (Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, 181 ff.), sondern überhaupt. Die Anzeige muß glaubhaft sein, und die anzeigende Partei ist an sie gebunden; sie muß sich so behandeln lassen, als ob ihre Anzeige wahr wäre.

8. **RG.** 19. 10. 16, R. 17 Nr. 1575. Für die Annahme, daß die ohne Rücksicht auf die Interessen des anderen Teils erfolgende prozessuale Durchsetzung der eigenen Interessen zu Schadensersatz verpflichte, bietet § 242 keine Stütze.

9. **RG.** 8. 12. 16, R. 17 Nr. 174. Die Anwendung des § 242 ist durch § 346 HGB. nicht schlechthin ausgeschlossen.

§ 243.

1. a) **RG.** 5. 6. 17, R. 17 Nr. 1591. Verkauf amerikanischen Specks „in Gothenburg greifbar oder daselbst kurzfällig" muß nicht als Handel über eine bestimmte Partie angesehen werden.

b) Hamburg 5. 5. 17, R. 17 Nr. 1381. Der Kauf eines beim Spediteur stehenden Waggons Haselnußkerne ist kein Gattungs-, sondern ein Spezieskauf.

2. **RG.** 22. 12. 16, R. 17 Nr. 347. Der ursprüngliche Gattungskauf wird nachträglich auf eine bestimmte Ware beschränkt, wenn der Verkäufer deutlich erklärt, er werde gerade diejenige Ware liefern, auf die eine übersandte Gewichtsnote laute, und der Käufer in seiner Antwort lediglich die Maßgeblichkeit der Angaben in dieser Gewichtsnote bestreitet.

3. Posen 8. 6. 17, PosMSchr. 17, 66. Wenn die fetthaltigen Ersatzfuttermittel des Kriegs auch von Friedenswaren erheblich abweichen, insbesondere Stoffe enthalten, die

in Friedenszeiten nicht als vollwertige Bestandteile eines Kraftfuttermittels gelten könnten, so sind sie doch zurzeit als Ware von mittlerer Art und Güte anzusehen.

4. a) **RG.** 19. 9. 16; 88, 389, HansGZ. 17 Hbl. 2, LeipzZ. 17, 42. Nach der allgemeinen Rechtsübung der Kaufleute tritt durch die Verladungsanzeige Beschränkung der Verbindlichkeit auf die verladene Ware ein. Damit geht, wenn der Abladeplatz Leistungsort für den Verkäufer ist, auch die Gefahr der Sache auf den Käufer über.

b) Hamburg 14. 12. 16, SeuffA. 72, 283. Beim überseeischen Abladegeschäft vollzieht sich durch die Verladungsanzeige die in § 243 Abs. 2 vorgesehene Beschränkung des Schuldverhältnisses.

§ 244.

1. Karlsruhe 5. 12. 16, BadRpr. 17, 21. Ist von einer deutschen Firma nach Franken verkauft, der Kaufpreis von dem Käufer, einer Schweizer Firma, in der Schweiz zu bezahlen, und der auf den Kaufpreis gegebene Wechsel in Frankenwährung ausgestellt, dann ist die Summe, die als Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages von dem Verkäufer zu zahlen ist, in Frankenwährung auszudrücken.

2. Hamburg 27. 11. 16, BankA. 16, 307, HansGZ. 17 Bbl. 96. Wenn ein Inländer bei einem inländischen Gerichte eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld einklagt, dann hat er ein Recht darauf, daß ihm der Forderungsbetrag in inländischer Währung zuerkannt wird, solange nicht von dem Schuldner gegen solche Umrechnung Widerspruch erhoben wird. Bei dieser Umrechnung ist der Kurs der betr. Auslandswährung im Zeitpunkt der Urteilsfällung entscheidend.

3. ObGH. Wien 1. 8. 16, BankA. 16, 308. Eine gesetzmäßige Gewißheit über den jeweiligen Kurs der ausländischen Geldsorten kann nur der unter staatsamtlicher Kontrolle abgefaßte und im Interesse der Sicherheit des allgemeinen Verkehrs veröffentlichte amtliche Kurszettel bieten. Läßt sich der wirkliche Kurs durch den Kurszettel der inländischen Börse, weil diese infolge des Kriegs geschlossen ist, nicht feststellen, dann bleibt nichts übrig, als zu dem letztnotierten Kurse zurückzugreifen. Eine private Kursermittlung kann nicht berücksichtigt werden; ebenso für Markschulden ObGH. Wien 30. 1.; 13. 3. 17 ÖstZBl. 35, 1003, 972.

§ 248.

Kiel 16. 1. 17, LeipzZ. 17, 1101, OLG. 35, 321. Ein Versprechen, eine gemäß § 607 Abs. 2 in eine neue Darlehnsschuld umgewandelte Zinsschuld zu verzinsen, verstößt gegen § 248 Abs. 1. Daß diese Vorschrift auch gegenüber solchen Umwandlungsgeschäften Geltung beansprucht, ergibt sich aus der Ausnahmevorschrift des § 248 Abs. 2 Satz 1, die erkennen läßt, daß das Umwandlungsgeschäft beim Fehlen der hier festgesetzten besonderen Vereinbarungen unter das Verbot des Abs. 1 fällt.

§ 249.

Schrifttum: Moses, Rechtsfolgen falscher Ablieferung von Frachtgut durch den Frachtführer, Breslau 1917 (Diss.).

I. Schaden.

1. **RG.** 11. 1. 17, R. 17 Nr. 349. Auch eine freiwillige Vermögensentäußerung stellt, wenn sie durch Irrtum hervorgerufen ist, und gegen den wirklichen Willen des Leistenden erfolgt, einen Schaden dar, der dem Leistenden durch denjenigen zugefügt wird, der schuldhaft den Irrtum erregte (JW. 16, 1533).

2. **RG.** 4. 12. 16, R. 17 Nr. 176. Der Verkäufer, dem ein Ersatzanspruch aus der Verletzung seines Eigentums gegen denjenigen zusteht, der die verkaufte und ihm anvertraute Ware auftragswidrig einem Nichtberechtigten ausgehändigt hat, braucht sich an den Empfänger der Ware nicht verweisen zu lassen. Er ist geschädigt, auch wenn er den Kaufpreis von diesem beitreiben könnte.

3. **RG.** 23. 3. 17; 90, 82, R. 17, Nr. 999. In der Verjährung eines Anspruchs liegt, trotzdem dieser damit nicht völlig untergegangen ist, eine solche Verschlechterung des Ver-

mögensstands, daß sie als Schaden i. S. des Gesetzes betrachtet werden kann. Die Möglichkeit der Unterlassung der Verjährungseinrede liegt so fern, daß sie zur Verneinung eines Schadenseintritts mit dem Ablauf der Verjährung nicht zureicht (vgl. **RG.** 62, 321; 76, 146).

4. a) **RG.** 20. 9. 15, LeipzZ. 17, 136. Bei dem gesetzlichen Güterstand enthält der Fortfall der von der Ehefrau nach § 1356 dem Manne zu leistenden Dienste infolge eines Unfalls, den sie erlitten hat, zunächst nur eine Schädigung des Mannes. Aber auch die Frau kann durch den Unfall benachteiligt sein insofern, als die Verringerung des Einkommens des Mannes auf den der Frau zu gewährenden Unterhalt von Einfluß ist. Auch bei dem Güterstande der Gütertrennung ist eine derartige Benachteiligung möglich. Eine Benachteiligung kann auch vorhanden sein, wenn die Ehefrau noch keine Tätigkeit im Geschäfte des Mannes ausgeübt hat, eine solche aber in Aussicht genommen war, auch, wenn sie den Unfall bereits vor der Eheschließung während des Brautstandes erlitten hat.

b) **RG.** 19. 3. 17, JW. 17, 655, btr. die Frage, wem der Schadensersatzanspruch wegen Verminderung der Erwerbsfähigkeit einer verheirateten Frau zusteht, wenn die Ehegatten in Fahrnisgemeinschaft leben.

c) **RG.** 23. 1. 17, WarnE. 17, 181. Die Kosten, die dadurch entstanden sind, daß eine Ehefrau unter Verstoß gegen ein Schutzgesetz in eine Nervenheilanstalt gebracht worden ist, sind in ihrer Person entstanden und bilden ebenso einen Bestandteil ihres Schadens, wie die Kurkosten einer Ehefrau bei deren körperlicher Verletzung. Der Umstand, daß der Ehemann diese Kosten bezahlt hat, ändert hieran nichts (vgl. JDR. 14, I 2).

5. Rostock 17. 3. 15, OLG. 34, 37. Bei der Frage des Schadensersatzes ist nicht nur die rechtliche Lage zu berücksichtigen, sondern auch die voraussichtliche tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse. Im entschiedenen Falle hatte sich der Bekl. dem Grundschuldgläubiger zum Erwerbe des Eigentums an dem belasteten Grundstücke verpflichtet und er hatte Schadensersatz zu leisten, weil er diese Verpflichtung nicht erfüllt hat. Er muß daher den Grundschuldgläubiger so stellen, als ob er Eigentümer des Grundstücks geworden wäre. Dabei ist nach Ansicht des Gerichts von Bedeutung, daß er ein zahlungsfähiger Mann ist, und daß er deshalb, um seinen Kredit nicht zu schädigen, das Grundstück nicht zur Zwangsversteigerung hätte kommen lassen, es auch nicht, zur Vermeidung der ZV., auf einen Dritten übertragen oder das Eigentum an ihm aufgegeben hätte, sondern höchstwahrscheinlich die Grundschulden ausgezahlt haben würde. Deshalb ist eine Schädigung des Grundschuldgläubigers trotz des späteren Ausfalls der Grundschuld im ZVVerfahren bejaht worden, da ihm mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Ersatzpflichtigen doch eine Verwertung der Grundschuld zu einem gewissen Betrage möglich gewesen sein würde, wenn jener Eigentümer des belasteten Grundstücks geworden wäre.

6. Schalhorn, Die Ansprüche des Arbeitnehmers bei Verweigerung zugesagten Erholungsurlaubs, GewuKfmG. 22, 163. Dem Arbeitnehmer, dem ohne Gehaltskürzung zugesagter Erholungsurlaub verweigert wird, entsteht aus der Verweigerung ein Vermögensschaden nur dann, wenn er gerade infolge der Versagung des Urlaubs so erholungsbedürftig geworden ist, daß er gezwungen ist, seine Erholung und Kräftigung anderweit zu suchen, und zu diesem Zwecke Arbeitsgelegenheit und Verdienst aufgibt.

7. **RG.** 10. 10. 16, JW. 17, 102, R. 17 Nr. 782. Für die Frage, ob das Verhalten des Rechtsanwalts in einem Rechtsstreit seinem Auftraggeber Schaden gebracht hat, ist nicht maßgebend, wie das Gericht des Vorprozesses ohne dies Verhalten voraussichtlich entschieden haben würde, sondern wie es bei richtiger Beurteilung der Sachlage hätte entscheiden müssen. Zustimmend: Heilberg, JW. 17, 102.

8. *Moses, Das sog. transitorische Interesse des Eigentümers in Fällen, in denen eine Sache beschädigt oder zerstört wird, die er einem Dritten herauszugeben hat, ist nicht Gegenstand von Schadensersatzansprüchen (31—33). — Die Zulässigkeit der Schadensliquidation aus fremdem Interesse gründet sich im Gesetz durch Rückschluß auf die Zulassung von „Versprechen einer Leistung an einen Dritten" (39).

II. Nachweis des Schadens.

1. **RG.** 27. 2. 17, R. 17 Nr. 1258. Gegenüber für die Ordnungswidrigkeit (Glätte) des Bodens sprechenden früheren Unfällen ist es Sache des auf Schadensersatz in Anspruch Genommenen, Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen erhellt, daß andere Ursachen als die Glätte des Bodens das Ausgleiten von Personen veranlaßt haben. Die bloße Möglichkeit anderer Ursachen genügt nicht, um die Gefährlichkeit des Zustandes als unerwiesen zu erachten.

2. **RG.** 5. 6. 16, R. 17 Nr. 1229. Der Schadensersatzpflichtige hat zu beweisen, daß der Verletzte einen ihm zuzumutenden anderen Erwerb finden kann. Dazu genügt aber nicht der Hinweis auf allgemeine Erwerbsmöglichkeiten, sondern es ist darzutun, daß dem Verletzten nach den konkreten, auch nach seiner Person zu beurteilenden wirtschaftlichen Zuständen bestimmte Erwerbszweige offen stehen und von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen ergriffen werden können.

III. Ursächlicher Zusammenhang.

1. **RG.** 25. 9. 17, R. 17 Nr. 1961. Auch bloße Nachklänge einer Mißhandlung, die sich in körperlichen Schmerzen und geistiger Erregbarkeit bemerklich machen, genügen zur Herstellung des ursächlichen Zusammenhangs, mag auch eine angeborene Anlage mitwirken.

2. **RG.** 27. 4. 17, R. 17 Nr. 1391. Verlangt beim Verkauf einer Gattungssache der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichtabnahme der Ware, so kann sich der Käufer nicht darauf berufen, daß der Verkäufer bei dem Verkaufe der für ihn bereits ausgesondert gewesenen Ware einen Gewinn gemacht habe, weil dieser Gewinn nicht unmittelbar aus dem schädigenden Ereignis herrührt und deshalb nach den Grundsätzen über die Vorteilsausgleichung außer Betracht zu bleiben hat.

3. **RG.** 9. 2. 17 und 4. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 922, HessRspr. 18, 178, JW. 17, 850, R. 17 Nr. 1818. Daß mit Gewehren ein Unglück geschieht, ist eine nicht seltene und eine so bekannte Tatsache, daß sich jedem verständigen Menschen die Möglichkeit, daß es geschehen könne, geradezu aufdrängt. Daher wäre der ursächliche Zusammenhang zwischen dem durch den Verkauf eines Gewehrs an ein Kind und einem durch den Gebrauch desselben verursachten Unfall an sich nicht ausgeschlossen. Kauft jedoch ein Erwachsener ein Gewehr, um es dem Kind zu schenken, so übernimmt er oder der sonstige Aufsichtpflichtige damit die Verantwortung für alles, was damit geschieht, und es setzt damit eine neue Kette der Verursachung im rechtlichen Sinne des Wortes ein, so daß der Verkauf des Gewehrs nicht mehr als Ursache angesehen werden kann. Dasselbe muß gelten, wenn das Kind das Gewehr selbst mit Zustimmung der Eltern kauft, oder wenn die Eltern nachträglich den Ankauf und die Übergabe des Gewehres an das Kind genehmigen.

4. **RG.** 20. 3. 17, WarnE. 17, 207. Halten sich die Zustände in einem von dem Dienstberechtigten zu unterhaltenden Raume nicht in den Grenzen des Unvermeidbaren, ist die Erkrankung des Dienstverpflichteten auf das von dem Dienstberechtigten verschuldete Übermaß an Kälte, Zugluft usw. zurückzuführen, und handelt es sich um eine zusammenhängende Erkrankung, dann kann der ursächliche Zusammenhang zwischen dieser Erkrankung und den von dem Dienstberechtigten zu vertretenden Mißständen nur einheitlich bejaht oder verneint werden. Eine Verneinung ist nur auf Grund der Feststellung möglich, daß die Erkrankung des Dienstverpflichteten auch bei schuldfreiem Verhalten des Dienstverpflichteten eingetreten wäre.

5. KG. 23. 5. 17, KGBl. 17, 69. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden des erstinstanzlichen Rechtsanwalts, der zur Einlegung einer aussichtslosen Berufung rät, und dem Schaden wird nicht dadurch unterbrochen, daß der Berufungsanwalt sich des gleichen Versehens schuldig macht.

6. Kreß, Haftung des Notars für verspätete Vorlegung einer Urkunde an das Grundbuchamt, BayNotZ. 54, 281. In dem von dem BayObLG. am 27. 3. 16 — JDR.

15 III 4 — entschiedenen Falle fehlt der erforderliche ursächliche Zusammenhang zwischen der verspäteten Urkundenvorlegung und dem Schaden, da die Belastung des Verkäufers mit der neuen Steuer außer jeder Beziehung zu dem schädigenden Ereignisse steht, durch die verspätete Urkundenvorlegung die Lage des Verkäufers, soweit sie für den erfahrenen umsichtigen Beurteiler übersehbar war, in Richtung auf die später eingeführte neue Steuer in keiner Weise eine gefährlichere geworden ist.

7. **RG.** 16. 2. 17, JW. 17, 461, LeipzZ. 17, 920, R. 17 Nr. 564. Tritt infolge der schuldhaften Unterlassung der Auswechslung eines mangelhaften Wasserrohres durch den Vermieter in dem Mietshause ein Wasserrohrbruch ein, und kommt der Mieter bei Ausführung der Absicht, den außerhalb des Hauses befindlichen Haupthahn zu schließen, auf dem zu diesem führenden glitschigen und abschüssigen Wege zu Falle, dann besteht der ursächliche Zusammenhang zwischen seinem durch den Sturz verursachten Schaden und dem Verschulden des Vermieters. Da der Unfall bei einem die Abwendung der Wassergefahr unmittelbar bezweckenden und durch diese gebotenen Tun sich ereignet, ist er als unmittelbare Folge des Rohrbruchs anzusehen. Daß der Mieter stürzt, liegt im Rahmen des natürlichen Laufs der Dinge; ohne das Verschulden des Vermieters wäre er der Gefahr des Fallens nicht ausgesetzt gewesen.

8. **RG.** 26. 3. 17, LeipzZ. 17, 861. Hatte der am Auge Verletzte vermöge seiner körperlichen Veranlagung ohnehin nach kürzerer oder längerer Zeit mit einer Erblindung des Auges zu rechnen, dann kann der Täter für die durch die Verletzung dieses Auges vorzeitig eingetretene Erblindung nur insoweit schadensersatzpflichtig sein, als jene Erblindung dadurch früher eingetreten ist, als sie nach dem normalen Verlaufe der Dinge eingetreten sein würde. Nur bis zu diesem Zeitpunkt beruht die Schädigung des Sehvermögens auf der Verletzung. Von dem Tage an, an dem der Verletzte auch ohne die Verletzung sein Sehvermögen verloren haben würde, entfällt die Schadensersatzpflicht, weil insoweit der Körperschaden durch den Täter nicht verursacht ist (**RG.** 68, 352, JW. 12, 594).

9. **RG.** 9. 11. 16, R. 17 Nr. 175. Wird ein vom Rade gestürzter Radfahrer noch lebend von einem Kraftwagen überfahren und getötet, dann besteht der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Überfahren und dem Tod auch dann, wenn der Radfahrer durch den Sturz so verletzt war, daß er infolge der erlittenen Verletzung nach ärztlicher Erfahrung hätte sterben müssen, es sei denn, daß der Kraftwagenführer dartun könnte, das Überfahren mit dem Kraftwagen habe zu dem Tode in keiner Weise beigetragen.

10. **RG.** 18. 1. 17, R. 17 Nr. 1228. Ursächlicher Zusammenhang mit dem Unfall liegt vor nicht nur, wenn die Ehefrau des Verletzten infolge seines durch den Unfall veränderten Wesens sich zum Ehebruch verleiten läßt, und der Verletzte dadurch in Verbindung mit seiner durch den Unfall verursachten Widerstandsunfähigkeit aus Sorge wegen seiner Zukunft in Geisteskrankheit gerät, sondern auch dann, wenn der Verletzte infolge seines durch den Unfall hervorgerufenen verweichlichten und ängstlichen Wesens trotz des Ehebruchs seiner Frau mit dieser sich wieder versöhnt und hierdurch sein Ansehen bei seinen Vorgesetzten und Berufsgenossen und schließlich seine Stellung verliert.

11. **RG.** 3. 4. 17, BayRpflZ. 17, 219, R. 17 Nr. 1000. Der ursächliche Zusammenhang zwischen einem Unfall und der Erwerbsunfähigkeit des Betroffenen wird durch spätere unangenehme Eheerlebnisse desselben, die seinen Zustand verschlimmert haben, nicht beseitigt. Es ist ein unabwendbarer Zufall, ob dem von einem Unfall Betroffenen glückliche oder widrige Schicksale zuteil werden. Die Besserung oder Verschlechterung des Zustandes durch solche Schicksale beruht immer auf der Mitursächlichkeit des durch den Unfall geschaffenen Zustands. Anderenfalls würde — während jede Besserung den Schadensersatzpflichtigen entlastet — dem Unfallbetroffenen zum Schaden gereichen, daß er das Unglück hat, widrige, seine Gesundheit weiter schädigende Schicksale zu erleben.

12. **RG.** 22. 5. 16 — JDR. 15 III 10 — betr. ursächlichen Zusammenhang zwischen Unfall und Tod des Verletzten, wenn dabei ungeschicktes Verhalten des zu Hilfe herbeigeeilten Publikums mitgewirkt hat, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 1227.

13. **RG.** 2. 5. 16 — JDR. 15, III 11 — betr. ursächlichen Zusammenhang bei dem Ausbrechen von Pferden bei einem Rennen infolge zu niedriger Schranken, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 388.

14. **RG.** 16. 2. 17, JW. 17, 461, R. 17 Nr. 563. Wenn bei Abgabe einer Vormundschaft an ein anderes Vormundschaftsgericht das erste dem Vormund die Ermächtigung zur Abhebung des hinterlegten Mündelvermögens erteilt, und der Vormund dies abhebt und für sich verwendet, dann wird der ursächliche Zusammenhang zwischen der erwähnten Anordnung des ersten VormG. und dem Schaden des Mündels nicht dadurch unterbrochen, daß das VormG., an das die Vormundschaft abgegeben ist, zunächst von der Anordnung der Wiederhinterlegung absieht, weil der Vormund beantragt hat, ihm das Mündelvermögen auf sein Grundstück als erste Hypothek zu beleihen, und darüber Ermittlungen angestellt werden. Das zweite VormG. beläßt es in diesem Falle nur bei der von dem ersten getroffenen Anordnung; seine Maßnahme beruht auf der des ersten; dessen Anordnung wirkt in der des zweiten fort.

15. **RG.** 28. 10. 16, R. 17 Nr. 15. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden desjenigen, der verpflichtet war, Feuerversicherungsprämie für den Eigentümer an die Versicherungsgesellschaft zu zahlen, dies aber unterlassen hat, und dem aus der Unterlassung entstandenen Schaden, wird dadurch unterbrochen, daß der Eigentümer den Entschluß faßt, selbst die Zahlung der Prämie zu unterlassen und die Sache unversichert zu lassen.

IV. Vorteilsausgleichung.

1. **RG.** 7. 7. 17, LeipzZ. 17, 1171. Ob dem arglistig Getäuschten durch die Täuschung ein Schaden zugefügt ist, kann nur durch Vergleichung seiner Vermögenslage vor dem durch die Täuschung herbeigeführten Vertragsschluß mit der Vermögenslage, in die er durch diesen Vertragsschluß gekommen ist, also nur unter Berücksichtigung nicht nur der Nachteile, die ihm daraus entstanden sind, sondern auch aller Vorteile, die er dadurch erlangt hat, festgestellt werden (**RG.** 54, 140; 83, 246, GruchotsBeitr. 55, 349, RGStr. 16, 1).

2. a) **RG.** 4. 1. 17, R. 17 Nr. 1578 (JDR. 15 IV 3). Bei der Vorteilsausgleichung im Falle des Erwerbs des versteigerten Grundstücks durch den ausfallenden Hypothekengläubiger genügt es nicht immer, den Ausfall an der gesicherten Forderung und den Wert der versteigerten Sache einander gegenüber zu stellen, vielmehr kann der Steigerer auch Kosten und Unbequemlichkeiten haben, die seinen scheinbaren Gewinn mindern oder aufheben. Diese müssen aber im einzelnen dargelegt werden.

b) Rostock 13. 7. 15, OLG. 34, 77. Für die Frage, ob derjenige, der ein Grundstück gegen Ausfall seiner Hypothek in der Zwangsversteigerung erworben hat, durch diesen Erwerb in wirtschaftlichem Sinne nach der Auffassung des Verkehrs als wegen seiner Grundschuld gedeckt anzusehen ist, ist die Tatsache, daß das Grundstück einen das Meistgebot übersteigenden Wert hat, ohne Bedeutung, wenn er nicht Landwirt ist, die Stelle nicht selbst bewirtschaften will und kann und ihr Erwerb für ihn zunächst nur eine Last bedeutet. Daß später bei der Weiterveräußerung ein erheblich höherer Betrag, als das Meistgebot erzielt worden ist, ist unerheblich, wenn inzwischen im Verhältnisse zu dem Werte der Stelle erhebliche Aufwendungen gemacht worden sind, und noch dazu nicht von dem Ersteigerer selbst, sondern von einer auf diesem Gebiete tätigen Gesellschaft; bei dieser Sachlage folgt daraus nicht, daß die Stelle schon zur Zeit des Erwerbs für ihn so viel wert war, daß er als wegen der Grundschuld befriedigt gelten kann.

3. a) **RG.** 11. 5. 15, WürttRpflZ. 17, 43/46 (JDR. 14 V 22). Dem Urheber eines schädigenden Ereignisses steht dem Beschädigten gegenüber nicht die Einrede zu, daß der Beschädigte für den erlittenen Schaden durch eine Versicherung gedeckt sei.

b) **RG.** 17. 9. 17, WarnE. 17, 425. Bei Festsetzung einer Unfallrente ist die Lebensversicherungssumme, die der Rentenberechtigte infolge des Todes des Verunglückten ausgezahlt erhalten hat, nicht zu berücksichtigen (**RG.** 64, 351; 68, 45; 69, 292). Der als

Lebensversicherungssumme anfallende Vermögensvorteil beruht auf einer selbständigen Entstehungsursache, dem Versicherungsvertrag, und wird nicht unentgeltlich durch den Unfall erlangt, sondern ist vielmehr das Ergebnis einer Erwerbs- und Spartätigkeit des Prämienzahlers. Der Vorteil und der Unfallschaden entfließen mithin nicht derselben Ursache, jener entbehrt des adäquaten Zusammenhangs mit der Schadensquelle (**RG.** 80, 159).

c) Kiel 11. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 178. Der Schadensersatzanspruch des Vermieters gegen den Mieter wegen Verschlechterung der Mietsache wird ihm nicht dadurch entzogen, daß er von seinem Versicherer den Ersatz für die Beschädigung der Sache erhalten hat. Ein solcher Ausgleich des Nachteils mit dem Vorteile würde nur dann zulässig sein, wenn beide Folgen ausschließlich und allein durch dasselbe Ereignis verursacht worden sind. Das liegt aber nicht vor, wenn der Vermögensschaden des Vermieters durch eine schuldhafte Handlung des Mieters, die Zahlung der Versicherungssumme aber auch auf der ferneren Tatsache der stattgehabten Versicherung beruht (**RG.** 10, 50).

V. Art und Umfang des Schadens.

1. **RG.** 9. 10. 16, BayRpflZ. 17, 156, GruchotsBeitr. 61, 290, LeipzZ. 17, 404, R. 17 Nr. 779. Ist ein Schuldner schadensersatzberechtigt, weil seine Grundstücke ungerechtfertigterweise zur Zwangsversteigerung gebracht sind, bei welcher die für seine persönliche Schuld haftende Hypothek ausgefallen ist, während die Grundstücke an sich zur Deckung der Schuld ganz oder teilweise ausgereicht hätten, dann kann er von dem Schadensersatzpflichtigen nicht Befreiung von seiner persönlichen Schuld, auch nicht Zahlung verlangen, sondern für ihn ist ein anderer Gegenstand bereit zu stellen, aus dem er sich wegen einer Zahlung, die er als persönlicher Schuldner der ausgefallenen Hypothek zu leisten hat, Deckung verschaffen kann, d. h. ihm ist Sicherheit zu leisten. Für die Höhe dieser Sicherheit ist nicht der Nennbetrag der ausgefallenen Hypothek, sondern derjenige Betrag der Schuld maßgebend, für welchen die Grundstücke vor der Zwangsversteigerung Sicherung gewährten, zu welchem also der Hypothekengläubiger aus den Grundstücken Befriedigung hätte erzielen können.

2. **RG.** 17. 11. 16; 89, 99, HoldheimsMSchr. 17, 113, JW. 17, 104, LeipzZ. 17, 120, R. 17 Nr. 13. Ist ein Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern deshalb schadensersatzpflichtig, weil er die von ihm beschafften Waren nicht zur Verfügung der Ges. gehalten, sondern für sich selbst abgesetzt und so den Absatz seitens der Ges. vereitelt hat, so besteht die Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn er die seine Ersatzpflicht begründende Handlung nicht vorgenommen haben würde, darin, daß er die Gesellschafter an dem Gewinne des von ihm für eigene Rechnung gemachten Geschäfts teilnehmen läßt so, als ob das Geschäft für die Ges. abgeschlossen worden wäre. Hätten die übrigen Gesellschafter bei der Ausführung des Geschäfts für die Ges. gegen einen Dritten, der das Geschäft hätte abschließen sollen, nach § 666 einen Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablage gehabt, dann erfordert die Wiederherstellung des gleichen Zustandes auch, daß der schadensersatzpflichtige Gesellschafter jetzt selbst ihnen über das von ihm für sich abgeschlossene Geschäft Auskunft erteilt und Rechenschaft ablegt.

3. **RG.** 6. 2. 17; 89, 398, LeipzZ. 17, 457, R. 17 Nr. 359. Der Gesellschafter, der durch sein schuldhaftes vertragswidriges Verhalten zur Kündigung Anlaß gegeben hat, muß dem anderen Gesellschafter denjenigen Schaden ersetzen, der diesem durch die erst infolge seiner Kündigung herbeigeführte vorzeitige Endigung des Gesellschaftsverhältnisses entsteht (vgl. **RG.** 64, 381; 76, 376).

4. **RG.** 2. 1. 17, WarnE. 17, 112/115. Ist Schadensersatz deswegen zu leisten, weil das Vertragsrecht der einen Partei auf ausschließlichen Gebrauch einer bestimmten Firma durch die Eintragung einer ähnlichen Firma für die andere Partei verletzt worden ist, so besteht die Wiederherstellung des früheren Zustands in der Löschung dieser Firma.

5. a) **RG.** 19. 4. 17, GruchotsBeitr. 61, 799, JW. 17, 713, LeipzZ. 17, 922, R. 17, Nr. 1002, WarnE. 17, 424. Die Rente ist eine besondere Form der Entschädigung in Geld

und nicht nur bei Schädigungen der Person und der Gesundheit, sondern auch da angebracht, wo die Folgen der schädigenden Handlung dauernde und fortlaufende sind (**RG.** 68, 429). Daß sie gerade nur für die Fälle besonders vorgesehen ist, in denen es sich um den Ersatz einer verlorenen oder verminderten Erwerbsfähigkeit handelt, weist darauf hin, daß sie nicht als ein regelmäßiges Mittel des Schadensersatzes, sondern eine nur für Schäden besonderer Art geeignete und bestimmte Entschädigungsform gedacht ist, für Schadensfolgen, die ihrer Natur nach fortlaufend sich erneuern. Im Falle des Verlustes des Erwerbsgeschäfts durch eine erwerbsfähige Person ist keine Rente zuzusprechen; es erscheint nicht angebracht, eine solche Person durch Zuerkennung einer dem Gewinn aus dem früheren Geschäft entsprechenden Geldrente in den Stand zu setzen, ohne eigene völlige Ausnutzung der Arbeitskraft und Erwerbsfähigkeit ihr Leben bequem zu gestalten. Der Ersatz des Wertes des Erwerbsgeschäfts setzt sie in den Stand, sich eine neue Erwerbsgrundlage zu schaffen.

b) **RG.** 18. 10. 16, LeipzZ. 17, 120. Für die Einbuße in der Substanz des Grundstücks, die der Besitzer durch die Beschädigung derselben erleidet, ist Entschädigung in Kapital zu leisten und nicht in der Form einer Rente.

c) Celle 31. 10. 16, LeipzZ. 17, 290. Ist jemand schadensersatzpflichtig, weil er in bewußtem Zusammenwirken mit dem Unterhaltspflichtigen den Unterhaltsberechtigten um seinen Unterhaltsanspruch gebracht hat, dann gestaltet sich der gegen ihn begründete Schadensersatzanspruch zu einer Rentenforderung.

6. **RG.** 2. 11. 16, BankA. 16, 177. Wenn eine Bank ihre vertragliche Verpflichtung, für einen bestimmten Zeitraum einen Kredit zu gewähren, durch Vorenthaltung des Kredits verletzt, dann kann Schadensersatz nicht in der Weise verlangt werden, daß Kredit über die im Vertrage bestimmte Zeit hinaus gewährt werde. Nach § 249 ist nur der Vertrag, wie er bestand, wiederherzustellen; nach Ablauf der Frist ist er aber erloschen.

7. **RG.** 6. 2. 17, R. 17 Nr. 620. Ist Schadensersatz dafür zu leisten, daß ein als Geschäftsgeheimnis eines anderen sich darstellendes Verfahren in unerlaubter Weise benutzt worden ist, dann darf dem Schadensersatzpflichtigen nicht mehr untersagt werden, sich dieses Verfahrens zu bedienen, wenn dies inzwischen durch Erteilung ausländischer Patente nach allen Richtungen hin offenkundig geworden und jetzt ein für jedermann erlaubtes, durchaus statthaftes ist.

8. Über abstrakte und konkrete Schadensberechnung: siehe § 326 XII.

9. **RG.** 20. 12. 16, WarnE. 17, 144 (JDR. 14 V 1, 6, 8—10; 15 V 2, 3). Der Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 823 Abs. 2 geht nur auf das sog. negative Vertragsinteresse, d. h. er hat die Herstellung des Zustandes zum Ziele, der bestehen würde, wenn die unerlaubte Handlung nicht begangen worden wäre. Der bei dem Vertragsschlusse arglistig getäuschte Käufer kann Erstattung der Preisdifferenz verlangen, wenn er den vereinbarten hohen Preis nur mit Rücksicht auf die arglistige Zusicherung bewilligt hat, und wenn er das Grundstück ohne diese Zusicherung billiger hätte kaufen können; dagegen hat er keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die arglistig zugesicherte Tatsache richtig wäre.

10. **RG.** 16. 5. 17; 90, 240/46, R. 17, Nr. 1579. In allen Fällen stiller Stellvertretung, nicht nur bei handelsrechtlichen Kommissions- und Speditionsgeschäften, kann der Vertreter von dem säumigen Gegner Ersatz des Schadens verlangen, nicht nur, wie er ihm selbst, sondern wie er seinem Geschäftsherrn erwachsen ist (**RG.** 62, 332, 58, 42, JW. 10, 1000), es sei denn, daß der Geschäftsherr ihn selbst nicht in Anspruch nehmen kann oder will, oder dem Gegner Einwendungen aus der Person des Geschäftsherrn zustehen.

11. **RG.** 8. 6. 17, R. 17 Nr. 1580. Bei einer Körperverletzung sind zu den Kosten des Heilverfahrens auch diejenigen Kosten zu rechnen, die zur Linderung und Milderung des Leidens dienlich erscheinen.

12. **RG.** 5. 6. 16, R. 17 Nr. 1229. Der Schadensersatzpflichtige hat die Kosten zu bestreiten und vorzuschießen, die für den Verletzten zur Erlangung eines anderen Berufs und zur Gründung einer anderen Lebensstellung notwendig sind.

13. a) **RG.** 16. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 782, WarnE. 17, 270. Wenn § 249 vom Ersatze des zur Herstellung „erforderlichen" Geldbetrags spricht, legt er damit einen objektiven Maßstab an. Besondere Umstände, die gerade dem Beschädigten die Herstellung auf dem gewöhnlichen Wege erleichtern oder erschweren, haben auszuscheiden. Dem Geschädigten sind nicht die tatsächlich verauslagten Kosten zu ersetzen, sondern die dazu erforderlichen Kosten, und dies ist der Geldbetrag, der für die Herstellungsarbeiten im Verkehre regelmäßig gefordert und bewilligt wird (**RG.** 71, 215).

b) **RG.** 14. 4. 17, JW. 17, 654, LeipzZ. 17, 853, 1049, R. 17 Nr. 1001, WarnE. 17, 425. Der Anspruch aus § 249 Satz 2 umfaßt nicht auch den Anspruch auf einen sog. Unternehmergewinn. Wenn in § 249 von dem Ersatz des zur Herstellung „erforderlichen" Geldbetrags gesprochen wird, so wird damit ein objektiver Maßstab angelegt. Besondere Umstände, die gerade dem Beschädigten die Herstellung auf dem gewöhnlichen Wege erleichtern oder erschweren können, haben auszuscheiden. Ist der Bahnkörper beschädigt und besorgt der Eisenbahnunternehmer die Ausbesserung selbst, wobei er auch die Transporte ausführt, dann haben als übliche Frachtkosten nicht die tarifmäßigen Frachtsätze, sondern nur die Selbstkosten zu gelten in einer Höhe, wie sie unter den gegebenen Verhältnissen jeder Eigentümer eines solchen Unternehmens hätte aufwenden müssen. Dagegen werden die Herstellungskosten entsprechend höher zu bemessen sein, falls die Herstellung regelmäßig auch für den Eisenbahnunternehmer im Interesse der vollständigen Aufrechterhaltung des Bahnbetriebs und zur Vermeidung von Einnahmeausfällen mit gesteigerten Schwierigkeiten und Hemmungen verbunden ist.

c) Ebenso: **RG.** 14. 4. 17; 90, 154, LeipzZ. 17, 1354.

d) **RG.** 16, 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 782, R. 17 Nr. 1382, WarnE. 17, 270. Beseitigt der Beschädigte den ihm entstandenen Schaden selbst durch seine Angestellten und Arbeiter unter Gestellung der nötigen Maschinen, Wagen und Gerätschaften, so steht ihm für die hierzu erforderlichen Arbeiten nur ein Anspruch auf Ersatz der Selbstkosten zu. Handelt es sich um einen Eisenbahnunternehmer, der die beschädigten Eisenbahnanlagen wiederherstellt, dann müssen bei Anwendung der objektiven Berechnungsart die Tarifsätze für die Kostenberechnung außer Betracht bleiben; die tarifmäßigen Frachtsätze, die die Selbstkosten bei weitem übersteigen, erwachsen ihm als Kosten nicht. Der zu ersetzende Herstellungspreis würde nicht der im Verkehr übliche Preis sein, wenn er auf der Grundlage von Verhältnissen bemessen würde, unter denen tatsächlich im Verkehr die Herstellung sich nicht zu vollziehen pflegt. Ist es Regel, daß der Eisenbahnunternehmer selbst die beschädigten Anlagen herstellt, so haben als übliche Frachtkosten nur die Selbstkosten zu gelten in der Höhe, wie sie unter den gegebenen Verhältnissen auch jeder andere Eigentümer eines solchen Unternehmens hätte aufwenden müssen.

14. **RG.** 17. 4. 17; 90, 160, R. 17, 266. Muß eine Stadtgemeinde sich wegen Verzugs ihres Lebensmittellieferanten anderweitig höher eindecken, so kann sich dieser nicht darauf berufen, daß die Stadt nach behördlicher Vorschrift die Lebensmittel zum Selbstkostenpreis an die Einwohner abzugeben hat. — Der Käufer braucht den Erlös aus der eingedeckten Ware dem säumigen Verkäufer nicht gutzuschreiben (**RG.** 52, 154).

15. Hamm 19. 5. 16, OLG. 34, 98. Ist ein Bergmann, der in seiner freien Zeit Schusterarbeiten verrichtet, dafür zu entschädigen, daß er das Bedarfswasser zum Ersatz des Wassers seines trocken gelegten Brunnens selbst aus größerer Entfernung heranschaffen muß und während seiner schichtfreien Zeit herangeschafft hat, dann ist nicht der Höchstsatz derjenigen Vergütung anzusetzen, die ein für diese Dienstleistung besonders gedungener, stundenweise zu entlohnender Tagelöhner berechnen durfte. Vielmehr ist die ihm zustehende Entschädigung unter Berücksichtigung der Umstände zu schätzen.

16. a) Kiel 19. 4. 17, SchlHolstAnz. 17, 226. Die Kosten des Vorprozesses gegen den Erstverpflichteten gehören zu den von dem Zweitverpflichteten zu ersetzenden Schaden, wenn der Beschädigte den Vorprozeß führen muß, um festzustellen, daß kein anderer Verpflichteter vorhanden ist, die Erhebung des Vorprozesses also eine notwendige Vor-

aussetzung für den zweiten Prozeß bildet und im ausgesprochenen Interesse des Zweitverpflichteten geführt wird. Das trifft zu, wenn das Reich auf Grund des § 839 wegen eines durch das Verschulden eines Zwangslotsen verursachten Zusammenstoßes und dadurch entstandenen Schadens in Anspruch genommen wird. Bei den Kosten des Vorprozesses handelt es sich um den sog. indirekten Kollisionsschaden. Die Kosten eines völlig unnützen und aussichtslosen Prozesses gegen einen Dritten zwecks Abwälzung des Schadens auf diesen braucht der Zweitverpflichtete aber nicht gegen sich gelten zu lassen.

b) Kiel 24. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 227. Zu dem zu erstattenden mittelbaren Schaden gehören auch die Kosten eines erfolglosen Prozesses gegen einen Dritten dann, wenn der Geschädigte nach der ihm möglichen Erkenntnis der Sachlage ohne Verschulden den Dritten als haftbar ansehen durfte und der schuldige Teil durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hatte, daß auch er jenen Dritten für haftbar halte und mit Rücksicht hierauf seine Schadensersatzpflicht ablehne. Insbesondere gilt das, wenn begründeter Anlaß zu der Annahme vorliegt, daß der Dritte in erster Linie für den Schaden aufzukommen hat und der auf Erstattung der Kosten in Anspruch Genommene nur subsidiär verpflichtet ist. Dann beruht die Führung des ersten Prozesses nicht auf einer freien Willensentschließung des Klägers, die dazu führt, daß er die Kosten des ersten Prozesses selbst tragen muß.

c) Kluckhohn, Die Kosten eines Vorprozesses als Teil der Kosten des Hauptprozesses, KGBl. 17, 26, verneint, daß die Kosten des Vorprozesses gegen den früher in Anspruch genommenen angeblichen Schädiger zu dem mittelbar durch das schadenstiftende Ereignis entstandenen Schaden gehören, meint aber, daß die Kosten des Vorprozesses gegebenenfalls als Verzugsschaden geltend gemacht werden können, nämlich dann, wenn der Schadensstifter nicht nur nicht Schadensersatz leistet, sondern überhaupt seine Verpflichtung hierzu bestreitet (vgl. JDR. 15 V 22).

V. 1. **RG.** 16. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 782, WarnE. 17, 270. § 249 findet mangels besonderer berggesetzlicher Vorschriften auf die Art und den Umfang der Entschädigung nach § 148 PrAllgBergG. Anwendung.

2. Ebenso **RG.** 14. 4. 17, LeipzZ. 17, 1049.

§ 251.

RG. 24. 4. 17, R. 17, Nr. 1230. Erfüllt der Vermieter einen Mietvertrag nicht, der als Schadensersatz für die Nichterfüllung eines früheren Vertrags Gewährung der freien Wohnung auf bestimmte Dauer vorsieht, entfällt also als Folge des zweiten Vertragsbruchs die vereinbarte Art der Schadensersatzleistung für den ersten Vertragsbruch, dann hat der Vermieter den Mieter in Geld zu entschädigen.

§ 252.

1. **RG.** 19. 5. 16 — JDR. 15, 1 — Keine Beschränkung des zu erstattenden Gewinns auf den, der rechtlich beansprucht werden kann — abgedruckt auch: SeuffA. 72, 5, WarnE. 17, 14.

2. **RG.** 14. 4. 17; 90, 52/63, R. 17 Nr. 1144. Tatsächliche Vorteile, die jemand nur durch eine rechtswidrige Handlung zu erlangen in der Lage gewesen sein würde, können nicht zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs geltend gemacht werden. Der entgangene Gewinn, den der zu ersetzende Schaden mitumfaßt, ist nur der in erlaubter Weise zu erzielende Vorteil. Aus rechtswidrigen Handlungen soll niemand Vorteil ziehen dürfen; daher kann die Entziehung solcher Vorteile keine Schadensersatzpflicht begründen (JW. 02 Beil 283).

3. Dresden 16. 11. 16, JW. 17, 237 (vgl. JDR. 16 § 249 V 8b). Ersatz eines Gewinnes, der das Maß eines in Friedenszeiten zu erzielenden Gewinns bei weitem übersteigt, und unter Berücksichtigung der Kriegsverhältnisse sich als übermäßig darstellt (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BRVO. v. 23. 7. 15), darf nicht zugesprochen werden.

§ 254.

I. Allgemeines.

RG. 24. 3. 17, R. 17, Nr. 1005. Ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern geltend zu machen. Allerdings genügt dafür die Anführung von Tatsachen, woraus sich ein eigenes Verschulden ohne weiteres ergibt (JW. 08, 522). Wenn es also auch nicht der Erhebung einer ausdrücklichen Einrede bedarf, so muß doch irgendwie ersichtlich sein, daß die betreffende Behauptung im Sinne des § 254 aufgestellt sein soll.

II. Einzelfälle.

1. **RG.** 6. 2. 17, R. 17 Nr. 565. Haben bei einem Unfall des Mieters in dem Hausflur des Miethauses sowohl das Verschulden des Vermieters mitgewirkt, der in dem Hausflur Bretter hat aufstapeln lassen, wie das Verschulden des Mieters, der hiervon zwar Kenntnis hatte, aber müde von der Tagesarbeit an das ungewohnte Hindernis nicht gedacht und den ihm seit Jahren als ungefährlich bekannten und von ihm oft im Dunkeln begangenen Flur ohne Licht betreten hat, so kann dies Verhalten des Mieters nicht dazu führen, die Schadensersatzpflicht des Vermieters völlig zu beseitigen, da dieser die erste und eigentliche Ursache des Unfalls geschaffen hat, sein Verschulden auch größer ist.

2. Rostock 14. 10. 15 — JDR. 15, II 12 — betr. Zurückweisung der angebotenen Beleuchtung bei dem Durchschreiten eines unbeleuchteten Hauses: abgedruckt auch OLG. 34, 106 Anm.

3. **RG.** 28. 9. 17, R. 17 Nr. 1813. Gegenüber dem Verschulden des Dienstberechtigten, der die Treppe vor dem Dienstgebäude bei Schneefall nicht genügend reinigen läßt und nicht dafür sorgt, daß sein Verbot, den Ausgang über die Treppe zu benutzen, beachtet wird, tritt das eigene Verschulden des Dienstverpflichteten, das in der verbotswidrigen Benutzung des Ausgangs und in dem Nichtergreifen des Treppengeländers besteht, erheblich zurück, so daß eine völlige Abweisung seines Schadensersatzanspruchs nicht gerechtfertigt ist.

4. **RG.** 29. 3. 17, R. 17 Nr. 1383. Bei einem gewöhnlichen Arbeiter kann der geringe Grad von Einsicht und die Sorge um Entlassung das eigene Verschulden geringer erscheinen lassen.

5. **RG.** 20. 3. 17, R. 17 Nr. 1003, 1582, WarnE. 17, 207. Sind die Mißstände in den Diensträumen offensichtlich, dann ist es Pflicht der mit der Leitung und Beaufsichtigung des Betriebs betrauten Beamten, von Amts wegen in eine gründliche Erörterung der Frage einzutreten, wie Hilfe geschaffen und ein Schaden für die Gesundheit des Beamten vermieden werden kann. Sie dürfen es nicht darauf ankommen lassen, ob die Beteiligten sich beschweren, und im Falle von Beschwerden sich nicht auf die Beschwerdepunkte und die etwa von den Beschwerdeführern vorgeschlagenen Mittel der Abhilfe sich beschränken, sondern müssen unter Zuziehung von Sachverständigen die gesamte Sachlage einer allseitigen Prüfung unterziehen und, wenn auf eine andere Weise nicht geholfen werden kann, die Arbeitsstelle verlegen. Gegenüber diesem für den Schaden grundlegenden Verschulden kann einem Verschulden des geschädigten Beamten ein Einfluß auf den Umfang der Ersatzpflicht nur dann beigemessen werden, wenn grober Leichtsinn vorliegt, oder der Beamte sich um Abhilfe überhaupt nicht ernstlich bemüht hat.

6. **RG.** 15. 12. 16, WarnE. 17, 203. Ist das Abhandenkommen einer Handtasche sowohl auf das Verschulden des Reisenden, der sie in dem Wagen zurückgelassen und den Gasthofspförtner nicht auf ihr Vorhandensein aufmerksam gemacht hat, wie auf das Verschulden des Gasthofspförtners zurückzuführen, der sich nicht davon überzeugt hat, ob Gepäckstücke im Wagen zurückgeblieben waren, dann ist eine gleichmäßige Verteilung des Schadens für angemessen zu erachten.

7. KG. 19. 12. 16, KGBl. 17, 21. Denjenigen, der in einem fremden, auch von anderen zur Einstellung ihrer Pferde benutzten Stall, dessen Zustand er kennt, und von dem er weiß, daß in ihm keine Flankierbäume vorhanden sind, sein Pferd durch den Ange-

stellten des Stallbesitzers einstellen läßt, ohne sich zu überzeugen, wie dieser das Pferd unterbringt, trifft ein grobes Verschulden. Dies überwiegt das Verschulden des Stallbesitzers, der nicht für ordnungsmäßige Einrichtung des Stalles gesorgt hat.

8. Hamm 19. 5. 16, OLG. 34, 98. Wird demjenigen, der einen Schaden infolge von Senkungen in seinem Garten erlitten hat, von dem Gemeindevorsteher gestattet, den für die Wiederherstellung erforderlichen Boden aus der öffentlichen Schuttabladestelle der Gemeinde unentgeltlich zu entnehmen, hintertreibt er aber bei der Gemeindeversammlung die Bestätigung dieser Erlaubnis, dann kann er wegen dieses seines arglistigen Verhaltens nur das ersetzt verlangen, was er selbst hätte aufwenden müssen, wenn die Gemeinde die Bodenentnahme gestattete.

9. a) **RG.** 16. 11. 16, R. 17 Nr. 284. Das Besteigen eines bereits fahrenden Zugs enthält regelmäßig ein grobes Verschulden des Fahrgasts; doch kann das Verschulden auch ein geringes sein und hinter die erhöhte Betriebsgefahr völlig zurücktreten, z. B. dann, wenn der Schaffner, trotzdem der Zug sich bereits in Bewegung setzt, noch zum Einsteigen auffordert und dem Fahrgast beim Einsteigen hilft.

b) Colmar 13. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 252. Betr. Abwägung der Betriebsgefahr einer elektrischen Straßenbahn mit dem eigenen Verschulden des Fahrgasts, der vom wieder anfahrenden Zuge abspringt.

10. Hamburg 26. 6. 17, HansGerZ. 17, Beibl. 276. Unfall in einem mangelhaft beleuchteten Treppenhause. Überwiegendes, die Haftung ausschließendes Verschulden des Verletzten, der in neubesohlten (besonders glatten) Stiefeln und in jeder Hand ein Paket tragend, die ihm als besonders steil bekannte Treppe wissentlich ins Dunkle hinabsteigt.

11. Kiel 16. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 182. Zusammenstoß zwischen dem Kraftwagen des Kl. und der Kleinbahn der Bekl. Unübersichtliche Anlage der Bahnübergänge. Wenn auch bei Kleinbahnen weniger strenge Anforderungen als bei Vollbahnen zu stellen sind, so ist vorliegend in der unübersichtlichen Anlage der Bahnübergänge doch eine Verkehrsgefährdung erblickt worden, für die die gesetzlichen Vertreter der Kleinbahn verantwortlich sind. Überwiegendes Verschulden des Kraftwagenführers an dem Zusammenstoß. Haftung des Kraftwagenhalters für die durch die unvorsichtige Leitung des Führers verstärkte Betriebsgefahr (§§ 7 u. 17 KFG. s. u. zu § 17 Ziff. 1).

III. Abs. 2.

1. Dresden 11. 4. 16, OLG. 34, 18, SächsOLG. 38, 113, SeuffA. 72, 52. Der Verkäufer, der bei Ablauf der dem Käufer gemäß § 326 gesetzten Nachfrist zur Abnahme der Ware diese mit Leichtigkeit zu einem höheren Preise hätte verkaufen können, dies aber zu tun unterläßt, kann keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung von dem Käufer verlangen. Der ihm erwachsene Schaden beruht derart und vorwiegend auf seinem eigenen Verschulden, daß das etwaige Verschulden des Käufers dagegen gänzlich zurücktritt.

2. Hamburg 13. 7. 14, OLG. 33, 298. Der Mieter, dem der vertragsmäßige Gebrauch der Mieträume insofern nicht gewährt wird, als ihm der Vermieter dem Vertrage zuwider einen Umbau nicht gestattet, muß versuchen, die Räume anderweitig zu vermieten, sobald er übersehen kann, daß mit Rücksicht auf das festgesetzte Ende des Mietverhältnisses der Umbau sich nicht mehr lohnen werde.

3. **RG.** 23. 3. 17, R. 17 Nr. 1004. Derjenige, dem gegenüber ein anderer die Haftung für einen etwaigen Schaden durch einen Aktienkauf übernommen und Mitteilung versprochen hat, wann ein Weiterverkauf zu veranlassen sei, darf, solange nicht Umstände vorliegen, welche die Weiterveräußerung dringend angezeigt erscheinen lassen, eine Aufforderung des anderen hierzu abwarten.

4. **RG.** 3. 10. 17, R. 17 Nr. 2086. Wirkt neben dem Verschulden des Grundbuchrichters ein Verschulden des Rechtsbeistandes des Beschädigten mit, dann kann der in § 254 Abs. 2 S. 2 angezogene § 278 keine Anwendung finden, weil es sich nicht um Erfüllung einer Verbindlichkeit des Beschädigten gegenüber dem Grundbuchrichter handelt (**RG.** 62, 106; 75, 258, R. 11 Nr. 85).

§ 259.

1. Frankfurt a. M. 23. 11. 16, FrankfRdsch. 50, 233. Eine allgemeine Rechtspflicht des Schuldners zur Rechnungslegung kennt das BGB. nicht (JW. 12, 72, GruchotsBeitr. 51, 899). Sie trifft aber den, der fremde Angelegenheiten besorgt (**RG.** 73, 288), insbesondere den Kommissionär gegenüber dem Komittenten, den Bankier gegenüber dem Kunden.

2. Dresden 6. 5. 16, OLG. 35, 137. Die Rechnung muß verständlich sein, mit der Eröffnung der Verwaltung einsetzen und den Gegner in die Lage bringen, mit bestimmten Erinnerungen dagegen hervorzutreten.

3. Frankfurt a. M. 23. 11. 16, FrankfRdsch. 50, 233. Als Rechnungslegung muß jede Auskunfterteilung gelten, die in verständlicher, der Nachprüfung zugänglicher Kundgebung der Tatsachen, namentlich der erzielten Einnahmen und beschafften Ausgaben besteht, nach denen sich die Ansprüche des Empfängers der Kundgebung gegen den Kundgeber bemessen lassen (**RG.** 53, 254). Die Rechnungslegungspflicht ist erfüllt, wenn in den Schriftsätzen des Prozesses derartige Auszüge überreicht und erläutert sind und völlige Aufklärung über das gegeben wird, worüber Auskunftserteilung verlangt werden kann. Gegenüber einer völlig klaren Darlegung aller in Betracht kommenden Tatsachen und einer ordnungsmäßigen Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben kann nicht eingewendet werden, ein einzelnes Geschäft sei anfechtbar, und deshalb müsse eine andere Rechnung gelegt werden.

4. KG. 10. 2. 17, LeipzZ. 17, 762. Mag auch der Inhalt der Rechenschaftspflicht nach dem jeweiligen Zweck ein verschiedener sein, immer ist sie auf persönliche, unvertretbare und verantwortliche Auskunftserklärung des Rechenschaftspflichtigen gerichtet. Daher kann sie nicht durch die Bekundungen gleichgültiger Personen ersetzt werden. Dem Verlangen des Gegners auf Leistung des Offenbarungseids gegenüber kann der Pflichtige daher nicht Zeugenvernehmung darüber beantragen, daß die von ihm erteilte Auskunft den Verhältnissen entspreche. Eine solche Zeugenvernehmung kann nur als Gegenbeweis gegen die von dem Gegner zu beweisende Behauptung in Betracht kommen, daß begründeter Anlaß zu der Annahme bestehe, die Angaben seien nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht. Der Haftung auf Leistung des Offenbarungseides wird der rechtskräftig zur Auskunfterteilung Verurteilte nicht dadurch entzogen, daß er sich bei Führung der Verwaltung der Hilfspersonen bedient hat; für die Leistung des Offenbarungseides ist dieser Gesichtspunkt unerheblich.

5. **RG.** 16. 5. 17, BayRpflZ. 17, 354, LeipzZ. 17, 1251. Auch eine Abrechnung, die Mängel aufweist, stellt eine Rechnungslegung dar, wenn sie eine geordnete Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben unter Beifügung der Belege enthält, die in verständlicher Weise eine rechnungsmäßige Übersicht über die geführte Verwaltung und zugleich die Möglichkeit gibt, an der Hand der Belege die Richtigkeit der gelegten Rechnung nachzuprüfen. Bemängelungen, die nur die Vollständigkeit der Rechnung betreffen, gehören ebenso wie die Einwendungen gegen die Richtigkeit einzelner Posten in das Gebiet der sachlichen Ausstellungen gegen die Richtigkeit der Rechnung; für sie ist in dem Rechtsstreit über die Verpflichtung zur Rechnungslegung kein Raum.

6. München 14. 4. 14, OLG. 34, 70. Eine vom § 259 abweichende erleichterte oder erschwerte Art der Rechnungslegung kann vereinbart werden oder nach der Verkehrssitte in den beteiligten Kreisen üblich sein.

7. Dresden 9. 3. 16, OLG. 34, 339, SächsOLG. 38, 98, SeuffA. 72, 26. Überall, wo BGB. und HGB. von einer Auskunftspflicht handeln, wird der Regel nach ein Mittel angegeben, das dem Auskunftberechtigten die Nachprüfung ermöglicht, ob die Auskunft richtig ist. Deshalb läßt sich der allgemeine Grundsatz aufstellen, daß, insoweit nichts anderes bestimmt oder vereinbart ist, das Auskunftsrecht das Recht der Nachprüfung in sich schließt. Das Mittel der Nachprüfung ist je nach Lage des Falls verschieden. Handelt es sich um die Nachprüfung einer Bilanz, und sind die Beteiligten Vollkaufleute, dann ist als solches das Recht der Einsicht der Bücher und Papiere zu gewähren. Dies muß als

stillschweigend vereinbart angesehen werden. Das Recht auf eine neue Bilanz, wenn die Nachprüfung die Unrichtigkeit der zuerst übergebenen ergibt, besteht nicht.

§ 260.

RG. 4. 4. 17; 90, 137, JW. 17, 655, R. 17 Nr. 1006, 1007. § 260 führt nicht eine allgemeine Rechtspflicht des Schuldners zur Auskunfterteilung ein, sondern enthält eine Sondervorschrift für Fälle, wo bereits eine Herausgabe- oder Auskunftspflicht besteht, in der Beschränkung auf den Bestand eines Inbegriffs, und kann, sofern diese Voraussetzungen vorliegen, auch in den Fällen der ungerechtfertigten Bereicherung in Betracht kommen.

Unter einem Inbegriff von Gegenständen i. S. des § 260 ist jede Mehrheit von Vermögensgegenständen, Sachen, wie Rechten oder Forderungen, zu verstehen, bei der der Berechtigte nach dem obwaltenden Verpflichtungsgrunde nicht in der Lage ist, die einzelnen Vermögensgegenstände zu bezeichnen, und die Einheitlichkeit dieses Rechtsgrundes, der zur Herausgabe oder Auskunfterteilung verpflichtet, das Band bildet, welches jene Mehrheit zum Inbegriff vereinigt.

§ 265.

RG. 4. 7. 17; 90, 391/95, R. 17 Nr. 1583. § 265 enthält nachgiebiges Recht.

§ 268.

RG. 23. 6. 17, R. 17, Nr. 1584. Der schuldrechtliche Erwerber eines Kiesausbeuterechts kann sich gegenüber dem Hypothekengläubiger auf ein vertragsmäßiges Ablösungsrecht des Grundeigentümers (Teilentlassung bei Wegverkauf) nicht berufen. Ihm steht nur das gesetzliche Ablösungsrecht nach § 268 zu.

§ 269.

1. **RG.** 17. 4. 17; 90, 162, JW. 17, 856, PrJMBl. 17, 349. Bei Verschiedenheit der dem einen und dem anderen der Vertragschließenden obliegenden Leistungen kann der Erfüllungsort für beide auch ein verschiedener sein (**RG.** 49, 72). Handelt es sich aber um die Feststellung eines einheitlichen Erfüllungsorts, so ist als Erfüllungsort „des Geschäfts" der Ort zu betrachten, wo diejenige Verpflichtung zu erfüllen ist, der nach dem Inhalt des Vertrags die größere Bedeutung innewohnt, und die deshalb dem Vertrag das wesentliche Gepräge gibt (**RG.** 68, 77).

2. Dresden 31. 3. 16, OLG. 34, 18. Daraus, daß ein Teil der für beide Vertragschließenden denselben Erfüllungsort festsetzenden Vereinbarung unwirksam ist, weil der eine nach der Natur seiner Vertragsleistungen an diesem Orte nicht erfüllen kann, folgt noch nicht die Nichtigkeit der ganzen den Erfüllungsort betreffenden Klausel (gegen **RG.** 41, 360), solange nicht anzunehmen ist, daß die Parteien, falls sie deren teilweise Nichtigkeit gekannt hätten, die Bestimmung über den Erfüllungsort überhaupt nicht in den Vertrag aufgenommen haben würden.

3. Über den Erfüllungsort bei der Wandlung: § 466 (JDR. 15 § 269, 4).

4. KG. 11. 11. 16, KGBl. 17, 20. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß bei Mietsverhältnissen der Mieter an dem Orte der gemieteten Sache seine Verpflichtung aus dem Mietvertrage zu erfüllen hat, besteht nicht. Ein etwa dahin gehender Ortsgebrauch kann nur insoweit maßgebend sein, als die Parteien sich ihm stillschweigend haben unterwerfen wollen. Die Tatsache, daß bei der Vermietung eines Stücks Dach zur Aufstellung einer Lichtreklame der Vermieter in dem betreffenden Hause seine Wohnung gehabt hat, rechtfertigt für sich allein noch nicht die Annahme, daß es Wille der Parteien gewesen ist, daß der Mietzins im Miethause gezahlt werden sollte. Auch der Umstand, daß der Mietzins seither dem Vermieter von dem auswärts wohnenden Mieter übersandt worden ist, ist ohne Bedeutung.

5. Siehe auch § 556, 4.

6. Posen 25. 4. 17, PosMSchr. 17, 61. Bei dem Speditionsvertrag mag Erfüllungsort für den Versender regelmäßig dessen Wohnsitz zur Zeit des Abschlusses des Vertrags sein.

7*

Häufig werden es aber die Umstände des Falls mit sich bringen, den Ort, wo die Spedition auszuführen ist, als Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Absenders anzunehmen, so insbesondere, wenn der Versender sofort Vorschüsse für Auslagen zu leisten hat, die bei Beginn der Beförderung entstehen.

7. Hamburg 13. 7. 16 — JDR. 15, § 269, 13 — betr. den Ort, an dem vom Staat beschlagnahmt gewesene Gegenstände zurückzuliefern sind, abgedruckt auch: SeuffA. 72, 7.

8. Darmstadt 2. 6. 16, HessRspr. 18, 20, LeipzZ. 17, 352. Dadurch, daß der Verkäufer die Versendung der Ware an einen bestimmten Ort des Auslands übernimmt, wird der Bestimmungsort nicht zum Erfüllungsort für ihn, auch dann nicht, wenn verschiedene Eigenschaften der Waren mit Rücksicht auf gewisse ausländische zollamtliche Vorschriften vertraglich ausbedungen sind, und der Vertragsinhalt deutlich erkennen läßt, daß die Waren für den Weiterverkauf im Auslande bestimmt sind.

9. a) **RG.** 1. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 649, HansGZ. 17 Hbl. 85, 86, Holdheims MSchr. 17, 113, LeipzZ. 17, 268, R. 17 Nr. 178. Bei Abladegeschäften kann sowohl der Abladeplatz wie der Bestimmungshafen Erfüllungsort für die Lieferpflicht des Verkäufers sein. Die Zufügung der Cif-Klausel weist bei Abladegeschäften in der Regel, aber nicht mit Notwendigkeit darauf hin, daß der Verkäufer seine Lieferpflicht am Abladeplatze erfüllt.

b) **RG.** 10. 7. 17, R. 17 Nr. 1785. Bei Abladungsgeschäften sprechen für die Vereinbarung des Bestimmungshafens als Erfüllungsort die Einrechnung von Fracht und Seeversicherung in den Kaufpreis, Erstreckung der Lieferzeit bei Aufruhr, Streiks usw., Verzicht auf Wandlung bei beschädigter Ankunft, Vereinbarung der Hinfälligkeit des Vertrags bei Hinderung der Verschiffung oder der Ablieferung durch Krieg u. dgl. oder bei Nichtankunft der Ware mit dem bestimmten Dampfer.

c) Die Entsch. V B 4, 7 zu § 346 HGB.

d) Hamburg 27. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 239. Bei Cif-Verkäufen ist der Abladehafen für die Vertragspflichten des Verkäufers jedenfalls insoweit Erfüllungsort, als es sich um die Übergabe der verkauften Ware an den Käufer handelt und somit die Gefahr mit der Auslieferung an den Schiffer auf den Käufer übergeht. Im übrigen kann sowohl der Abladeplatz wie der Bestimmungshafen Erfüllungsort für die Lieferpflichten des Verkäufers sein. Soll aber letzteres der Fall sein, so muß dies aus dem Vertrage hervorgehen. Wird in einem Abladegeschäft mittels der Cif-Klausel besonders ausgesprochen, daß Kosten, Versicherung und Fracht bis zum Bestimmungshafen in den Kaufpreis eingeschlossen sind, so ist dies ein starkes Anzeichen dafür, daß der Abladeplatz der Erfüllungsort für den Verkäufer sein soll.

10. a) Hamburg 1. 11. 16, LeipzZ. 17, 763. Die Klausel „prompte Abladung von China oder schwimmend" hat keinen Einfluß auf den Erfüllungsort.

b) **RG.** 6. 3. 17, WarnE. 17, 173. Die Vereinbarung, daß „franko verzollt X" geliefert werden soll, hat nur Bezug auf die Übernahme der Versendungskosten und ist daher für die Frage nach dem Erfüllungsorte ohne Bedeutung.

11. **RG.** 17. 4. 17; 90, 162, JW. 17, 857, PrJMBl. 17, 349. Auch auf Unterlassungspflichten ist § 269 anzuwenden (**RG.** 51, 312; 69, 13, GruchotsBeitr. 47, 919).

§ 271.

1. Stuttgart 11. 4. 16, WürttJ. 28, 149. Der häufig ausgesprochene Satz, eine Leistung sei fällig, wenn der Gläubiger die Erfüllung fordern dürfe, schließt als selbstverständliche und deshalb nicht besonders ausgesprochene Voraussetzung in sich, daß die Leistung zu sofortiger Erfüllung gefordert werden dürfe.

2. **RG.** 26. 4. 17; 90, 178, R. 17 Nr. 1377. Dem Gläubiger, der seinem Schuldner versprochen hat, bis zu einem gewissen Zeitpunkt keine gerichtlichen Schritte gegen ihn zu unternehmen, ist nicht verwehrt, vor Ablauf der Frist das Gericht anzugehen, wenn der Schuldner den Anspruch in irgendeiner Art bestreitet, und der Gläubiger in die Gefahr gerät, bei weiterem Zuwarten seine Beweismittel zu verlieren oder den Sachverhalt nicht mehr klarstellen zu

können. Denn eine solche Vereinbarung ist als unter dem stillschweigenden Vorbehalt des Gläubigers geschlossen anzusehen, daß der Schuldner die Gültigkeit der Forderung nicht in Frage stelle, und daß der Gläubiger, wenn es doch geschehe, berechtigt sei, eine gerichtliche Entscheidung über das Bestehen der Forderung herbeizuführen.

3. **RG.** 27. 4. 17, R. 17, 323. Ist vereinbart, daß der Besteller verpflichtet ist, Ersatzstücke anzunehmen und die ausgebesserte Lieferung gelten zu lassen, aber über die Frist zur Leistung der Nachbesserung nichts bestimmt, dann gilt für diese eine angemessene Frist.

4. Karlsruhe 2. 5. 16, BadRpr. 17, 109. Ist innerhalb eines bestimmten Monats zu leisten, dann kann noch am letzten Tage des Monats geleistet werden.

5. Hamburg 1. 11. 16, R. 17 Nr. 97, SeuffA. 72, 115. Im binnenländischen Verkehr bedeutet die Klausel „Mai Verladung ab X" nichts anderes, als die Festsetzung einer Leistungszeit.

6. Karlsruhe 16. 5. 16, BadRpr. 17, 110. Die Bestimmung „lieferbar per Februar; wir behalten uns eine vierzehntägige Lieferfrist vor" bedeutet, daß an sich spätestens am 28. Februar geliefert werden muß, und daß nur im Falle die Ware erst in den letzten 14 Tagen des Monats Februar abgerufen wird, sich die Lieferungsfrist um 14 Tage vom Tage des Abrufs in den März hinein verlängert.

7. **RG.** 12. 7. 17, WarnE. 17, 306. Bei Verkäufen auf Abladung von überseeischen Geschäften gilt die vereinbarte Zeit der Verschiffung als wesentlich, so daß weder der Verkäufer die Abnahme noch der Käufer die Lieferung einer späteren Abladung fordern kann (WarnE. 16, 346, vgl. **RG.** 88, 72).

8. **RG.** 22. 5. 17, R. 17, 407. Ist der Schuldner von der Einhaltung der ursprünglichen bestimmten Lieferfrist infolge des Kriegs befreit, dann muß er liefern, sobald dies die Beseitigung der durch den Krieg hervorgerufenen Hindernisse erlaubt.

9. **RG.** 19. 1. 17, R. 17 Nr. 1252, WarnE. 17, 105. Der Krieg mag unter Umständen eine Zahlungszögerung des Schuldners entschuldigen, zu verfrühtem Zahlungsbegehren des Gläubigers gibt er kein Recht.

10. **RG.** 5. 10. 17, R. 17 Nr. 1963. Der Umstand, daß eine staatliche Beschlagnahme der zu liefernden Ware droht, kann nicht ein früheres Fälligwerden der Leistung bewirken.

§ 273.

1. KG. 27. 10. 16, OLG. 34, 20. Das Recht aus § 273 hat ebenso wie das aus § 320 Satz 1 die Natur einer aufschiebenden Einrede und setzt voraus, daß die Partei überhaupt noch auf dem Vertragsstandpunkt beharrt und nicht etwa die Berechtigung des gegen sie geltend gemachten Anspruchs überhaupt oder dessen Erfüllbarkeit verneinen will. Ein Vertragschließender, der die Leistung endgültig verweigert, kann nicht zugleich nach §§ 320, 273 seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern (**RG.** 58, 176).

2. a) **RG.** 11. 10. 16, R. 17 Nr. 791. Von dem Zurückbehaltungsrecht muß in einer dem anderen Teil erkenntlichen Weise Gebrauch gemacht werden, wenn es berücksichtigt werden soll.

b) **RG.** 2. 2. 17 R. 17 Nr. 355, WarnE. 17, 427. Ein Zurückbehaltungsrecht, das nicht als solches erkennbar ausgeübt wird, kann keine Wirkung äußern. Aber diese Ausübung des Rechts ist etwas anderes als die Herbeiführung des Leistungsverzugs des Schuldners und von dieser nicht abhängig, und mit dem Vorgehen nach § 326, das einen ganz anderen Zweck verfolgt, hat sie vollends nichts zu tun.

3. **RG.** 6. 3. 17, WarnE. 17, 315. Die Verwendung einer Gegenforderung zur Aufrechnung enthält nicht die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.

4. **RG.** 29. 3. 17, R. 17 Nr. 1021. Das Erfordernis der Gegenseitigkeit i. S. des § 373 ist auch dann gewahrt, wenn die Forderung des Schuldners diesem nur gemeinschaftlich mit anderen zusteht, und er nur Leistung an alle Gläubiger verlangen kann. Darauf, ob die Leistung ihm allein wirtschaftlich zugute kommt, kommt es nicht an.

5. a) **RG.** 24. 11. 16, R. 17 Nr. 1008, WarnE. 17, 16. Um die Voraussetzung

„desselben rechtlichen Verhältnisses“ zu erfüllen, genügt es, daß zwischen den beiderseitigen Ansprüchen ein solcher natürlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht würde (**RG.** 57, 5; 68, 33; 72, 103; 78, 334; 83, 268).

b) **RG.** 2. 2. 17, R. 17 Nr. 354, WarnE. 17, 427. Handelt es sich um zwei zeitlich nahe beieinander liegende Abschlüsse derselben Parteien über gleiche Waren, die zudem zu einem erheblichen Teile nebeneinander ausgeführt werden sollen, so entspringen die Ansprüche aus ihnen einem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen Lebensverhältnisse, und es besteht zwischen ihnen ein in den tatsächlichen Verhältnissen begründeter natürlicher Zusammenhang, wie er zur Anwendung des § 273 genügt.

c) **RG.** 23. 3. 17, LeipzZ. 17, 854, R. 17 Nr. 1585, WarnE. 17, 204. Die Geschäftsverbindung, die zwei Kaufleute unterhalten, ist geeignet, den nach § 273 erforderlichen Zusammenhang zwischen den aus diesem Verhältnisse herrührenden beiderseitigen Ansprüchen zu begründen. Die Vertragsklausel „jede Teillieferung gilt als besonderer Kontrakt“ hat mit dem aus der Geschäftsverbindung sich ergebenden Zurückbehaltungsrechte nichts zu tun. Vielmehr besteht das Eigentümliche dieses Falls gerade darin, daß Anspruch und Gegenanspruch nicht aus demselben Vertrage herzurühren brauchen, sondern auch aus „besonderen Kontrakten“ entstanden sein können.

6. Hamburg 12. 6. 15, OLG. 34, 254. Der nach Scheidung einer Gesamtgutsehe auskunftspflichtige Ehemann ist nicht berechtigt, die Auskunft gemäß § 273 zurückzuhalten, weil sich ein Teil der Gesamtgutssachen bei der Ehefrau befindet und diese sich den Besitz der Sachen eigenmächtig angeeignet hat. Die Rückbehaltung würde hier über den Zweck des § 273, die Gegenleistung zu erzwingen, hinausgehen.

7. Hamm 15. 5. 17, SeuffA. 72, 268. Das persönliche Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers kann dem Nachlaßverwalter gegenüber geltend gemacht werden (vgl. § 1985).

8. Die Entsch. II zu § 771 ZPO.

9. **RG.** 23. 5. 17, R. 17 Nr. 1586. Ein Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbriefe, der lediglich eine Legitimations- und Beweisurkunde für die Hypothekenforderung ist, kann gegenüber dem die Herausgabe fordernden Eigentümer nur ausgeübt werden, wenn durch schuldrechtlichen Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer für diesen ein Recht zur zeitweisen oder bedingten Zurückhaltung des Briefs begründet worden ist (**RG.** 51, 86; 66, 27; 68, 388).

10. Hamm 3. 11. 16, OLG. 34, 188. Wird jemand von dem Berechtigten ein Sparkassenbuch zu dem Zwecke übergeben, daß es als Sicherheit für eine Forderung des Empfängers dienen soll, dann wird für diesen ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an dem Sparkassenbuche begründet.

11. **RG.** 14. 11. 16, BayRpflZ. 17, 86, R. 17 Nr. 1793. Der Gläubiger ist zur Zurückbehaltung nicht befugt, wenn und soweit er für seine Ansprüche bereits in anderer Weise gesichert ist; einer Sicherheitsleistung durch den Schuldner gemäß § 273 Abs. 3 bedarf es dann nicht. Dies gilt nicht nur, wenn der Gläubiger durch Kaution gesichert ist, sondern auch dann, wenn die Sicherung darin besteht, daß er eine dem Schuldner gegenüber bestehende andere Schuld zurückhalten kann.

12. **RG.** 24. 4. 17, LeipzZ. 17, 853. Wenn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auch in der Verweigerung einer geschuldeten Leistung durch den Schuldner besteht, so wird hierdurch nicht ausgeschlossen, daß ein Schuldner seine Leistungsverweigerung damit begründet, daß er die Leistung überhaupt nicht schulde, und gleichzeitig rechtswirksam erklärt, daß ihm ein Zurückbehaltungsrecht zustehe und er auch deshalb die Leistung verweigere.

13. Freymuth, Zur Auslegung des § 273 BGB.: Zurückbehaltungsrecht ohne Anspruch? BayRpflZ. 17, 138. Die §§ 273, 274 haben den Fall im Auge, daß nicht nur der Gläubiger gegen den Schuldner, sondern auch der Schuldner einen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Es muß ein Anspruch da sein, den der Schuldner in der Art verfolgt,

daß er seine Schuld so lange zurückhält, bis sein Anspruch befriedigt wird. Keineswegs ist der Gedankengang des Gesetzes der, daß es einen „Anspruch auf Zurückhaltung" gibt. Der Anspruch des Schuldners muß gegen den Gläubiger zustehen, dem gegenüber das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden soll. Daß der Anspruch gegen einen Dritten zusteht, ist unerheblich; eine ausdehnende Anwendung des § 273 auch auf derartige Fälle ist nicht angängig (vgl. SeuffA. 63, 396 und **RG.** GruchotsBeitr. 47, 955).

14. a) Beisiegel, Aufrechnung und Zurückbehaltung. R. 17, 40. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung sind, selbst wenn Zweck und Wirkung sich vielfach ähneln, doch zwei grundverschiedene Rechtsbehelfe, und es muß das Zurückbehaltungsrecht auch in solchen Fällen anerkannt werden, in denen eine Aufrechnung nach den gesetzlichen Bestimmungen unzulässig wäre. Die Versagung des Zurückbehaltungsrechts in einem Falle, in dem die Gegenforderung gegen die Lohnforderung des Angestellten sich auf einen von diesem begangenen Diebstahl gründet, wäre unbillig.

b) Schack, Aufrechnung und Zurückbehaltung, R. 17, 190, verweist auf **RG.** 83, 138 und 85, 108, wonach Zurückbehaltung in den Fällen unzulässig ist, in denen die Aufrechnung nicht statthaft ist, unter Umständen aber der Einwand der Arglist gegenüber der unpfändbaren Klagforderung begründet sein kann.

c) Flatow, Das Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen, LeipzZ. 17, 450, bespricht unter eingehender Darstellung des Schrifttums und der Rechtsprechung **RG.** v. 26. 5. 14 (85, 14) — JDR. 14, § 273, 1a — und gelangt zu dem Ergebnisse, daß mit dieser Entscheidung die Unzulässigkeit der Zurückhaltung gegenüber unpfändbaren Forderungen anzunehmen sei, möge man den § 394 nun unmittelbar oder nur entsprechend anwenden.

§ 275.

Schrifttum: Crome, Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege, ABürgR. 115, 1. — Plum, Der Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferungsverträge im Lichte der Rechtsprechung, Berlin 1917.

A. Allgemeines.

(Zu vgl. auch der Abschnitt vor § 346 HGB.)

1. a) **RG.** 4. 2. 16 — JDR. 15 A 3 — btr. Unzulässigkeit der Verurteilung zur Leistung, wenn die Unmöglichkeit feststeht, abgedruckt auch: RG. 88, 76, SeuffA. 72, 55 (auch JDR. 15 A 4).

b) Hamburg 29. 9. 17, HansGZ. 17, Hbl. 298. Verurteilung zu einer Leistung, die feststehend dauernd unmöglich ist, kann nicht erfolgen.

2. **RG.** 3. 10. 16, LeipzZ. 17, 121, R. 17 Nr. 267. Unmöglichkeit der Leistung liegt nicht vor, wenn die Ware bis zur Zeit der Erfüllung im Handel überhaupt zu haben ist. Daß dem Verkäufer keiner seiner Lieferanten zur fraglichen Zeit die Ware zur Verfügung stellen kann, ist unerheblich.

3. a) **RG.** 23. 10. 17, R. 17 Nr. 1965. Ist eine auf die noch herzustellenden Erzeugnisse der Fabrik des Verkäufers beschränkte Gattung verkauft, und wird dem Verkäufer die Herstellung in seiner Fabrik unmöglich, dann liegt nicht nur subjektives Unvermögen, sondern zugleich objektive Unmöglichkeit der Leistung vor, und der Einwand der Unmöglichkeit ist daher grundsätzlich nach § 275, nicht nach § 279 zu beurteilen.

b) Hamburg 4. 12. 16, JW. 17, 238, R. 17, 175. Ist nicht vereinbart, daß das Fabrikat einer bestimmten Fabrik zu liefern sei, dann wird dem Verkäufer die Lieferung nicht deshalb unmöglich, weil die Fabrik, von der er das beim Vertragsschlusse vorgelegte Muster erhalten hat, den ihr von ihm zugedachten Auftrag nicht ausführen kann, weil sie infolge der Einziehung ihrer Arbeiter zum Heer den Betrieb einstellen muß, es sei denn, daß keine andere Fabrik eine genau mustermäßige Ware herstellen kann.

c) **RG.** 4. 5. 17, LeipzZ. 17, 1062. Hat der Verkäufer englische Kohlen einer bestimmten Grube zu liefern, so wird ihm diese Lieferung nicht schon dann unmöglich, wenn

die Einfuhr dieser Kohlen infolge Kohlenarbeiterstreiks unmöglich wird. Wenn infolge des Streiks Kohlen auch direkt von der Grube nicht mehr bezogen werden können, so wird dadurch noch nicht die Unmöglichkeit gegeben, Kohlen dieser Gattung überhaupt zu beschaffen, wenn es möglich ist, sie von dritter Seite zu erhalten.

d) Hamburg 26. 9. 16, OLG. 34, 20. Ergibt der Vertrag nur, daß der Verkäufer beabsichtigt, aus England nach Schweden und von dort nach Deutschland einzuführende Ware zu liefern, ohne daß er eine dahin gehende Verpflichtung übernommen hat, dann wird der Verkäufer nicht schon von seiner Lieferpflicht frei, wenn er die Ware von seinem schwedischen Verkäufer nicht erhalten kann, sondern nur dann, wenn es ihm nicht möglich ist, Ware der verkauften Art hereinzubekommen.

4. *Reichel, Lieferungssperre als Vertragsaufhebungsgrund, LeipzZ. 17, 313. Wird Käufer vom Produzenten auf die schwarze Liste gesetzt, so ist Verkäufer frei, falls er von anderwärts Ersatz nicht beschaffen kann.

5. **RG.** 3. 3. 17, R. 17 Nr. 1009. Nachträgliche Entmündigung des Schuldners wegen Geistesschwäche bedeutet noch nicht ohne weiteres nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung. Denn es ist denkbar, daß der Schuldner den eingegangenen Verpflichtungen mit Genehmigung des Vormunds genügen könnte, oder daß der Vormund selbst bei vertretbaren Leistungen an Stelle des Schuldners den Vertrag zu erfüllen vermöchte.

6. **RG.** 2. 3. 17, JW. 17, 595, R. 17 Nr. 780, WarnE. 17, 157. Die einer GmbH. als Verkäuferin obliegende Leistung ist nicht dadurch unmöglich geworden, daß die Verkaufsvereinigung, deren Trägerin sie war, aufgelöst worden ist, und die GmbH. ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat. Hat sie sich die Möglichkeit, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, nicht durch genügende Abreden mit ihren Mitgliedern gesichert, dann hat sie diesen Umstand zu vertreten.

7. **RG.** 19. 9. 17, R. 17 Nr. 1795. Bedarf eine Gemeinde zu einer ihr vertragsmäßig obliegenden Leistung der Genehmigung einer Behörde, so wird ihr diese Leistung erst unmöglich, wenn auf ihren unter sorgsamer Wahrung ihrer dem Vertragsgegner gegenüber bestehenden Rechtspflicht gestellten Antrag ein endgültig ablehnender Bescheid der zuständigen Stelle ergangen ist.

8. Dresden 21. 11. 16, SächsOLG. 38, 209, SeuffA. 72, 180. Der Schuldner, der sich seiner Pflicht zur Herausgabe einer bestimmten Sache unter Berufung auf § 275 entziehen will, muß den Eintritt der Unmöglichkeit als rechtsvernichtenden Umstand voll beweisen. Die Unmöglichkeit wird noch nicht dargetan dadurch, daß der Schuldner den Nachweis erbringt, die Sache sei ihm abhanden gekommen; er muß vielmehr weiter beweisen, daß die Sache infolge dieses Verlusts vernichtet, oder doch zum mindesten, daß sie für ihn unauffindbar und nicht wieder beschaffbar sei.

9. **RG.** 4. 5. 17, LeipzZ. 17, 1062. Kann die Ware infolge eines Streiks nicht geliefert werden, so kommt für die Frage, ob der Verkäufer diese Unmöglichkeit zu vertreten hat, in Betracht, ob er nicht beizeiten, als er die Ware noch beziehen konnte, bei sich Vorräte sammeln mußte, um für den Notfall, namentlich auch für den Fall eines Streiks, wenn dieser vorauszusehen war, den Bedarf ihrer Kunden sicherzustellen (**RG.** 28, 222), und es ist weiter zu berücksichtigen, daß der Verkäufer nach dem Vertrage auf nur zweitägige Vorherbestellung verpflichtet war, den jeweiligen Bedarf des Käufers prompt zu decken, und daß er die Deckung des bedeutenden Gesamtbedarfs mehrerer Kunden übernommen hatte.

10. Hamburg 17. 10. 16, SeuffA. 72, 77. Der Verkäufer ist vor dem Kriege nicht verpflichtet gewesen, die ganze auf allmähliche Abnahme innerhalb neun Monaten verkaufte Menge Auslandsware alsbald auf Lager zu nehmen und dort zur Verfügung des Käufers zu halten, sondern er hatte nur Vorsorge zu treffen, daß die Ware, die in ruhigen Zeiten innerhalb weniger Tage aus dem Ausland geliefert werden konnte, zu seiner Verfügung stand, sobald sie von dem Käufer abgerufen wurde. In dieser Beziehung ist das Erforderliche geschehen, wenn der Verkäufer sich zur Erfüllung seiner laufenden Verträge voll eingedeckt hat.

11. **RG.** 9. 10. 17, R. 17, Nr. 1964. Hängt die Möglichkeit der Erfüllung eines abzuschließenden Vertrags von rechtzeitiger Beendigung anderer Verhandlungen einer Partei mit einem Dritten ab, dann ist es Sache dieser Partei, bei Abschluß des Vertrags sich einen Vorbehalt für den Fall auszubedingen, daß die Verhandlungen nicht rechtzeitig zum Abschluß kommen. Die Gegenpartei hat keinen Anlaß, zu betonen, daß die vereinbarte Leistungsfrist ohne Rücksicht auf die Dauer der Verhandlungen mit dem Dritten gelten soll.

12. Über Anzeigepflicht: § 242, 7.

13. Crome behandelt zunächst die objektive Unmöglichkeit und die Voraussetzungen ihres Vorliegens, insbesondere Unerschwinglichkeit der Leistung, im allgemeinen (28—38). Beim Konzessionsvertrag — § 433 I 6 — ist die dem privaten Gas- oder Elektrizitätswerk obliegende Leistung zu dem im Vertrage festgesetzten Tarif unerschwinglich geworden, wenn die Kohlen- und sonstigen Rohstoffpreise, die Kosten der notwendigen Ersatzteile und andere Unkosten eine solche Steigerung erfahren, und andererseits der Absatz durch unvorherzusehende Umstände so erheblich sinkt, daß die bei Abschluß des Vertrags vorhandene Tarifgrundlage sich vollkommen verschiebt, so daß das Werk dauernd nur noch mit erheblicher Unterbilanz arbeiten kann, eine Fortarbeit ihm also nicht zugemutet werden kann, weil sie zum materiellen Ruin führt. Die unerschwingliche Leistung steht aber der unmöglichen gleich (38—45). Will sich der Unternehmer auf die Unerschwinglichkeit berufen, dann hat er nachzuweisen nicht nur, daß ein Ereignis eingetreten ist, das so sehr außerhalb des normalen Verlaufs der Geschehnisse liegt, daß ihm mit Rücksicht auf die Natur des Geschäfts und des objektiv (typisch) damit verbundenen Risikos die Erfüllung nicht zugemutet werden könne, sondern auch, daß er seine Leistung, mit Rücksicht auf die von ihm zu erfordernde Sorgfalt, nicht dem Einfluß jenes Ereignisses habe entziehen oder ihm zuvorkommen können (52, 53). Trotz Vorliegens der ihn befreienden Umstände darf der Unternehmer seine Leistung nicht einstellen; den von ihm übernommenen öffentlichen Dienst muß er über die hier vorliegenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten hinaus gewährleisten. Er muß weiter arbeiten bis zu dem Zeitpunkt, wo es für die Stadt möglich wird, einen anderen Unternehmer zu finden oder das Werk in eigene Regie zu nehmen, freilich vorbehaltlich einer ihm dafür zu leistenden Entschädigung, die sich nach den jetzt obwaltenden Umständen richtet; der alte Tarif ist nach Auflösung des Vertrags gemäß § 323 nicht mehr maßgebend (53—57).

B. Kriegsrecht.

Schrifttum: Zusammenstellung von Plum, Der Einfluß des Kriegs auf schwebende Lieferungen im Lichte der Rechtsprechung, JW. 17, 943 und Menner, Ausländer im Inlandsprozesse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der jetzigen Kriegszeit, JW. 17, 785.

I. 1. **RG.** 24. 10. 16, R. 17, 29. Für die Frage, ob der Schuldner wegen Unmöglichkeit der Leistung infolge des Kriegs befreit ist, kommt nur seine Verpflichtung aus dem Vertrage in der Gestalt in Betracht, die sie zur Zeit des Kriegsausbruchs, insbesondere zufolge nachträglicher Abmachungen, angenommen hatte.

2. Darmstadt 2. 6. 16, HessRspr. 18, 20, LeipzZ. 17, 352, R. 17, 174. Sind trotz des Kriegs die Hauptleistung des Verkäufers und die Gegenleistung des Käufers erfüllbar, dann kann sich der Käufer von seiner Leistungspflicht nicht durch die Berufung auf die durch den Krieg verursachte Unmöglichkeit einer Nebenleistung des Verkäufers (der Versendungspflicht) befreien.

3. Ebenso: Darmstadt 2. 2. 17, R. 17, 227.

II. Wirkliches Nichtleistenkönnen.

1. Dresden 26. 1. 17, JW. 17, 615, R. 17, 367. Werden die verkauften Waren mit der Maßgabe beschlagnahmt, daß sie nur an solche Personen geliefert werden dürfen, die sie nachweislich zu Heereslieferungen verwenden, dann wird dem Verkäufer die Liefe-

rung unmöglich, falls nicht der Käufer den Nachweis erbringt, daß er bereits Heeresaufträge in Händen hat, zu denen die Waren verwendet werden müssen.

2. Hamburg 10. 2. 17, R. 17, 226. Der Verkäufer kann eine Ware weder rechtlich noch tatsächlich liefern, wenn, während sie sich auf dem Transport befindet, die BRVO. v. 8. 5. 11 in Kraft tritt, die den „Absatz" dieser Waren, d. h. nicht nur eine rechtsgeschäftliche Veräußerung, sondern jede tatsächliche Veränderung in den Gewahrsamsverhältnissen verbietet.

3. Hamburg 6. 12. 15, R. 17, 224. Ausfuhrverbot vor Verzug befreit den Verkäufer bei einer Lieferung für Ende Juli 1914 selbst dann, wenn der letzte in Betracht kommende Dampfer bereits vorher abgegangen war.

4. Hamburg 11. 10. 16, R. 16, 631. Der Umstand, daß die Ausfuhr von Kakaopulvern den Holländern durch die Engländer verboten worden ist, führt allein die Unmöglichkeit zur Lieferung von Kakaopulver noch nicht herbei. Da es sich um eine vertretbare Sache handelt, muß hinzukommen, daß das Kakaopulver zur Zeit der Lieferung überhaupt nicht in den erforderlichen Mengen, sei es in Deutschland, sei es vom Auslande her, zu beschaffen gewesen ist.

5. Jaffé, IV 2c vor § 346 HGB.

6. **RG.** 7. 7. 16 — JDR. 15 B I 8 a — btr. Möglichkeit der Lieferung der Ware überseeischer Herkunft bei einem einfachen Lieferungsgeschäft, wenn auch die für den Käufer bestimmten Ladungen infolge des Kriegs mit den Dampfern nicht angekommen sind, abgedruckt auch: HoldheimsMSchr. 17, 46.

7. Hamburg 5. 12. 16, R. 17, 175. Bei einem zwischen Hamburger Kaufleuten geschlossenen Kaufvertrage „cif Newyork, August/September 1914 Verladung", der kein typisches Abladegeschäft ist, ist Unmöglichkeit der Lieferung noch nicht dadurch eingetreten, daß die Verschiffung nach Newyork infolge des Kriegs unmöglich geworden ist.

8. Hamburg 22. 6. 16, HansGZ. 17 Hbl. 57. Bei Fob-Geschäften, bei denen die Verpflichtung des Verkäufers nur zur Lieferung Längsseite des Seeschiffes, nicht zur Verschiffung, besteht, wird die dem Verkäufer obliegende Leistung nicht dadurch unmöglich, daß die Verschiffung nicht erfolgen kann, weil das Schiff den Hafen nicht verlassen kann oder ein Ausfuhrverbot entgegensteht.

9. Hamburg 21. 12. 16, R. 17, 175. Aus einem Geschäft über den ganzen künftigen Fang eines Walfischdampfers, inhaltlich dessen der Dampfer nach den bei den Shetlandsinseln belegenen Fanggründen zum Zwecke des Fangs entsandt wird, der Tran gleich an Bord des Schiffes auszukochen und die Ware in einen Weserhafen zu liefern ist, ist die dem Verkäufer obliegende Leistung infolge des Kriegs unmöglich geworden.

10. **RG.** 19. 9. 17, R. 17, Nr. 1794. Hat eine Gemeinde vor dem Krieg die ihr vertragsmäßig sofort obliegenden Straßenherstellungsarbeiten trotz der Möglichkeit der Ausführung verzögert, so muß sie infolge des Kriegs die Schwierigkeiten und Aufwandsmehrung sich selbst zuschreiben. Sind diese nicht so groß und unverhältnismäßig, daß sie nach der Verkehrsauffassung der Unmöglichkeit gleichkämen (**RG.** 57, 119; 65, 34), dann wird sie von ihrer Leistungspflicht nicht befreit.

11. LG. Halle 23. 3. 17, R. 17, 518. Der Anspruch des Auszugsberechtigten auf jährliche Lieferung eines Schweins von 2½ Zentnern wird durch die Kriegsverhältnisse nicht berührt.

12. **RG.** 19. 10. 17, R. 17, 592. Bei überseeischen Käufen kann die Bedingung „Londoner Bankrembours" derart wesentlich sein, daß die durch den Krieg unverschuldet eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung dem Käufer den Anspruch auf die Gegenleistung nimmt.

13. Siehe auch oben A 2 und 3.

III. Schwierigkeit der Beschaffung.

1. **RG.** 2. 3. 17, JW. 17, 595, R. 17 Nr. 781, WarnE. 17, 156. Der Umstand, daß die Preise in dem Maße gestiegen sind, daß der Schuldner einen sehr großen Gewinn machen

würde, wenn er von dem Vertrage loskäme, befreit ihn von seiner Leistungspflicht nicht. Ob die Erfüllung dem Gläubiger gleichen Gewinn bringt, ist unerheblich.

2. **RG.** 21. 3. 16 — JDR. 15 B II 5d — btr. Preissteigerung bei Geschäften, durch die im Großhandel marktgängige Ware verkauft wird, abgedruckt auch: HoldheimsMSchr. 16, 167.

3. **RG.** 4. 7. 17, R. 17, 517, WarnE. 17, 293. Bei einem Vertrag über die Herstellung einer Ware (Kupferdraht) kann dem Verkäufer die Heranziehung eines bestimmten Rohstoffs (Altkupfer) an Stelle des verkehrsüblichen Rohstoffs (Kupferbarren) nicht zugemutet werden, wenn diese Heranziehung zur Herstellung der Vertragsware ein so ungewöhnliches Ersatzmittel ist, daß der Verkehr mit einem solchen überhaupt nicht rechnet und die Verwendung dieses Ersatzmittels dem Lieferanten nicht zuzumuten ist.

4. München 18. 6. 17, JW. 17, 776, R. 17, 516. Langfristige Bierlieferungsverträge aus der Friedenszeit zum Friedenspreis verlieren mit der jetzigen nicht vorausgesehenen außerordentlichen Erhöhung der Herstellungskosten des Biers ihre Verbindlichkeit.

5. Ritter, WürttRpflZ. 17, 55 erörtert die Änderung von Verträgen mit dem Militärfiskus bei unverschuldeter Erschwerung der Erfüllung für den anderen Vertragsteil auf Grund der Erl. des Preuß. Kriegsministeriums vom 29. 10. 14 und 26. 10. 15.

IV. Dauernde und vorübergehende Unmöglichkeit.

1. a) **RG.** 20. 2. 17; 89, 203, LeipzZ. 17, 862, R. 17 Nr. 580, WarnE. 17, 160. Ein zeitweiliges Erfüllungshindernis kann einem dauernden gleichzuachten, und die dadurch bedingte teilweise Unmöglichkeit kann als eine gänzliche zu behandeln sein (JW. 04, 170, 171; 07, 159, vgl. auch JW. 05, 718).

b) Ähnlich: **RG.** 12. 7. 17, LeipzZ. 17, 1248.

2. Hamburg 4. 4. 17, HansGZ. 17 Hbl. 172. Die Frage, inwieweit eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit der Erfüllung die Aufhebung des Vertrags verursacht, ist in erster Linie nach dem erkennbaren Willen der Parteien zu beurteilen (**RG.** 42, 116).

3. a) **RG.** 22. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 250. Hat die durch die lange, nicht vorhergesehene Dauer des Kriegs notwendig gewordene zeitliche Verschiebung der Leistung ihre wirtschaftliche Bedeutung derart verändert, daß die Leistung, wenn sie nach Beendigung des Kriegs beschafft würde, etwas wesentlich anderes sein würde, als die im Vertrage bedungene Leistung, dann ist dem Schuldner die Leistung dauernd unmöglich geworden (**RG.** 88, 72).

b) Ebenso: **RG.** 19, 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 923, HoldheimsMSchr. 17, 232, LeipzZ. 17, 1252.

c) Ähnlich: **RG.** 12. 7. 17, JW. 17, 899, R. 17, 517, 518, WarnE. 17, 289. Dauernde Unmöglichkeit liegt vor, wenn die durch den Krieg notwendig gewordene Verschiebung der Leistung deren Wesen in dem Maße ändert, daß die nachträgliche Lieferung nicht mehr als sinngemäße Erfüllung des ursprünglichen Vertrags gelten kann.

d) Ebenso: **RG.** 27. 3. 17, HansGZ. 17 Hbl. 151, JW. 17, 715.

4. a) Hamburg 12. 2. 17, LeipzZ. 17, 1008, R. 17, 517. Eine zeitweilige Verhinderung der Leistung hat i. S. des Rechts als dauernd zu gelten, wenn die zeitliche Verschiebung so bedeutend ist, daß dadurch die wirtschaftliche Bedeutung und der Inhalt der Leistung erheblich geändert wird.

b) Ebenso: Hamburg 8. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 245; ähnlich: Hamburg 30. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 39, R. 17, 120, 121.

5. **RG.** 19. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 923, HoldheimsMSchr. 17, 232, LeipzZ. 17, 1252. Die durch die lange nicht vorhergesehene Dauer des Kriegs notwendig gewordene Verschiebung der Leistung ist endgültig unmöglich geworden, wenn die zur Herstellung der verkauften Waren erforderlichen Rohstoffe nicht nur für die Zeit des Kriegs und infolge ihrer Beschlagnahme nicht zu erlangen sind, sondern auch nicht übersehen werden kann, ob nach Beendigung des Kriegs die Rohstoffe wieder zu Preisen zu haben sein werden, zu denen der Fabrikant zur Fertigstellung der Ware vertraglich verpflichtet ist.

6. **RG.** 2. 3. 17, R. 17, 224. Längere durch den Krieg verursachte Lieferungsbehinderung über einen bestimmten im Vertrage erwähnten Zeitraum hinaus befreit den Verkäufer nicht, wenn bei dem Vertragsschlusse nicht erkennbar geworden ist, daß der Ablauf dieses Zeitraums als äußerste Grenze der Lieferzeit behandelt werden sollte.

7. **RG.** 19. 6. 17, R. 17, 407. Die zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung, die darin besteht, daß die Ware als zur Ausfuhr nach Indien bestimmt verkauft ist, beseitigt die Lieferungspflicht des Verkäufers nicht, sofern die Ausfuhr nicht auch nach Kriegsende unmöglich sein wird.

8. **RG.** 2. 3. 17, JW. 17, 595, R. 17, 223, WarnE. 17, 156. Handelt es sich um eine Lieferung, die nach Inhalt des Vertrags in 2 Jahren zu erfolgen hat und bisher ohne Widerspruch einer Partei so langsam vor sich gegangen ist, daß sie sich ohne besondere Störungen bis zu 3 Jahren hinziehen konnte, waren bis zum Kriegsbeginn etwa $^7/_{17}$, bis Januar 1915 annähernd die Hälfte der Vertragsmenge geliefert, und sollte der Vertrag nur der Anfang einer für viel längere Zeiträume gedachten Geschäftsverbindung sein, dann ist eine durch Militärverbot für die Zeit von Januar 1915 bis Juli 1916 hervorgerufene Unterbrechung in der Lieferung weder im Vergleich zu dem Zeitraum, auf den der Vertrag berechnet war, noch zu der beabsichtigten Dauer des ganzen Unternehmens so unverhältnismäßig, daß aus der Verzögerung allein auf eine Änderung der Bedeutung und des Inhalts der Leistung geschlossen werden könnte. Hierzu Hachenburg, JW. 17, 595. Die Frage ist nur jeweils im Einzelfalle zu prüfen. Mit der Annahme der absoluten Unmöglichkeit bei vorübergehender Verhinderung muß man noch immer vorsichtig sein.

9. a) Hamburg 10. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 262. Vor Ausbruch des Kriegs verkauftes chinesisches Hühnereigelb China-Abladungen im Juli/August 1914 cif Hamburg braucht nach Kriegsende nicht mehr verschifft zu werden. Durch solche zeitliche Verschiebung würden die wirtschaftliche Bedeutung und der Inhalt der Leistung ganz andere werden, als sie es im Juli/August 1914 waren.

b) Hamburg 11. 5. 17, HansGZ. 17 Hbl. 157. Wenn ein im Juni 1914 über chinesisches Hühnereigelb abgeschlossener Kaufvertrag mit der Abladezeit September 1914 nach Beendigung des Kriegs erfüllt werden müßte, dann würde infolge der jetzt schon feststehenden tiefgehenden wirtschaftlichen Umwälzungen infolge des Weltkriegs und besonders für den Überseehandel, sowie der völlig unübersehbaren Veränderungen der Konjunktur und des Valutaverhältnisses nach dem Kriege, dessen Ende noch ganz ungewiß ist, die Leistung sowohl für den Verkäufer wie für den Käufer etwas völlig anderes sein, wie die für September 1914 vereinbart gewesene. Es liegt daher nicht nur zeitliche, sondern endgültige Unmöglichkeit der Leistung vor.

10. Hamburg 17. 10. 16, LeipzZ. 17, 351, R. 17, 173. Die Erfüllung einer während des Kriegs unmöglich gewordenen Leistung kann nach dem Kriege nicht verlangt werden, wenn sie dann unter Verhältnissen zu erfolgen hätte, die gegenüber den für die Preisvereinbarung maßgebend gewesenen völlig andere sein würden, so sehr, daß durch die damit notwendig verknüpfte Änderung des wirtschaftlichen Inhalts des Vertrags die Leistung nicht mehr die Erfüllung sein würde, wie sie nach dem Inhalt des Vertrags von den Parteien vorausgesetzt und gewollt wurde. Dies gilt auch im Falle der Vereinbarung einer Verlängerungsklausel, wenn diese ergibt, daß man von vornherein bei der Verlängerung der Lieferungszeit nur mit einem gemessenen Zeitraum (z. B. äußerstenfalls von wenig mehr als einem Jahre) gerechnet hat.

11. Hamburg 5. 10. 17, HansGZ. 17 Hbl. 281. Handelt es sich um eine Ware, die im Inlande erzeugt werden kann und erzeugt wird, und ist anzunehmen, daß bald nach Kriegsende von dieser Ware im gewöhnlichen Handel genügend zu haben sein wird, um den vertraglichen Anspruch des Käufers erfüllen zu können, wenn auch zu teureren als den vertraglichen Preisen, dann steht die Verschiebung der Lieferungszeit auf das Ende des Kriegs der Unmöglichkeit nicht gleich. Daß der Käufer die Ware nach Japan bestimmt hat, ist unerheblich, wenn dies nicht Inhalt des Vertrags geworden ist.

12. Hamburg 30. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 39, R. 17, 120, 121. Ist vor dem Kriege ein Kaufvertrag mit der Klausel geschlossen, daß der Krieg den Verkäufer von der Einhaltung der Lieferfristen entbinde, die alsdann um die Zeitdauer der Behinderung verschoben würden, und hat der Verkäufer von diesem Recht Gebrauch gemacht, dann ist dieser Vertrag zwar dann als aufgehoben zu erachten, wenn heute schon eine demnächstige Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden muß. Dazu reicht aber nicht aus, wenn der sich auf diese Unmöglichkeit berufende, darlegungspflichtige Verkäufer lediglich behauptet, daß die Möglichkeit einer völligen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem Kriege bestehe, und daß niemand zurzeit übersehen könne, wie sich nach dem Kriege die Versorgung Deutschlands mit Waren der verkauften Art gestalten werde.

13. Bamberg 24. 4. 17, JW. 17, 774. Verschiebung der Erfüllung eines im Mai 1914 getätigten Abschlusses bis zum Kriegsende kann wegen völligen wirtschaftlichen Umschwungs in der betreffenden Ware zur Befreiung wegen dauernder Unmöglichkeit führen.

14. Hamburg 29. 9. 17, HansGZ. 17 Hbl. 298. Die Lieferung ausländischer Ware ist dem Verkäufer auch dann dauernd unmöglich geworden, wenn bei an sich möglicher Leistung die ihm nach dem Vertrage obliegende Verschiffung nach einem deutschen Hafen für so lange Zeit unmöglich geworden ist, daß die nach Wiedereintritt der Möglichkeit der Verschiffung mögliche Leistung in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung notwendig eine andere geworden sein wird, als sie die Parteien bei Vertragsschluß angesehen haben (HansGZ. 17 Hbl. 151, WarnE. 16, 60, 296).

15. a) **RG.** 26. 5. 16 — JDR. 15 B III 3 b — btr. wieder aufgehobene militärische Beschlagnahme; abgedruckt auch: HoldheimsMSchr. 16, 247.

b) **RG.** 11. 7. 16, HoldheimsMSchr. 16, 249. Eine Beschlagnahme auf Grund des Kriegsleistungsgesetzes ist unerheblich, wenn ihre Aufhebung schon nach wenigen Tagen erfolgt.

V. Zu vertretende und nicht zu vertretende Unmöglichkeit.

1. **RG.** 16. 1. 17, R. 17, 121, WarnE. 17, 117. Ein Verschulden bei Abschluß des Vertrags ist nicht geeignet, einen Anspruch des anderen Vertragsteils auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn diese infolge nachträglich eingetretener, wiewohl voraussehbarer Unmöglichkeit eingetreten ist, zu begründen.

2. **RG.** 23. 10. 17, R. 17 Nr. 1966. Der Schuldner wird nicht frei, wenn er bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt entweder den Eintritt der Umstände, die tatsächlich die Unmöglichkeit verhindert haben, oder diese Wirkung der Umstände abwenden konnte und mußte. Ob er den Eintritt der Umstände voraussehen konnte, ist nur von mittelbarer Bedeutung insofern, als diese Voraussehbarkeit die Voraussetzung seiner vorbeugenden Tätigkeit bildet. Die bloße Voraussehbarkeit eines Umstandes führt daher noch nicht notwendig dazu, ihn vertreten zu müssen.

3. **RG.** 3. 10. 16, LeipzZ. 17, 121. Wenn der Verkäufer bei dem Vertragschluß die Ware nicht schon vorrätig oder fest an der Hand hat, auch nicht die Gewißheit hat, daß er sie in der Lieferungsfrist sich verschaffen und dem Käufer liefern kann, dann handelt er unvorsichtig, fahrlässig und auf eigene Gefahr, zumal er in der Kriegszeit mit außergewöhnlichen Verhältnissen rechnen muß. Er darf sich nicht darauf beschränken, sich bei seinen Lieferanten um den Bezug der Ware zu bemühen.

4. München 14. 6. 16, OLG. 33, 228. Der Verkäufer hat eine zur Zeit des vertraglich vorgesehenen Abrufs infolge Beschlagnahme eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten, wenn er von dem Käufer bereits vorher darauf aufmerksam gemacht ist, daß dieser die Ware weiter verkauft habe, und trotzdem nicht für die Beschaffung der im freien Verkehr erhältlichen Ware sorgt. Ein schuldhaftes Handeln des Verkäufers liegt auch schon darin, daß er die Ware verkauft hat, ohne sie greifbar zur Verfügung zu haben.

5. **RG.** 21. 11. 16, R. 17, 75, WarnE. 17, 3. Der Verkäufer, der sich dahin entscheidet, von der zu seinen Gunsten vereinbarten Kriegs- und Behinderungsklausel keinen Gebrauch

zu machen, muß, zumal wenn er mit der Erschwerung des Bezugs und der Preissteigerung der verkauften Ware zu rechnen hat, sich rechtzeitig eindecken, um sich in den Stand zu setzen, seinen Verpflichtungen zur vereinbarten Lieferungszeit nachzukommen.

6. **RG.** 5. 10. 17, R. 17 Nr. 1963. Der Verkäufer, der innerhalb einer bestimmten Frist zu liefern hat, muß sich so einrichten, daß er seine Leistung bis zum Ende der Lieferfrist zu bewirken imstande ist, und bei seinen Maßnahmen die besonderen Verhältnisse, soweit übersehbar, berücksichtigen.

7. **RG.** 11. 5. 17, WarnE. 17, 247. Der Kaufmann kann sich regelmäßig dadurch nicht entlasten, daß er die verkaufte Ware von seinem Lieferanten nicht habe erhalten können.

8. **RG.** 24. 4. 17, R. 17 Nr. 1388. Hat der Verkäufer für die Erfüllung seiner fälligen Verbindlichkeit nicht rechtzeitig Sorge getragen, dann hat er die später eintretende Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten, die sich daraus ergibt, daß die Fabrik, deren Erzeugnis er liefern will, die Ware nicht mehr herstellen kann.

9. **RG.** 2. 3. 17, R. 17, 226, WarnE. 17, 162. Der Verkäufer, der vor Kriegsausbruch aus dem Auslande eingeführte Ware zur Lieferung im September 1914 verkauft und im Inlande zu erfüllen hat, mußte bereits im August 1914 der Abschneidung der Einfuhr Rechnung tragen und sich anderweitig eindecken. Deshalb hat er die im September 1914 etwa eingetretene Unmöglichkeit, sich die Ware zu verschaffen, zu vertreten.

10. **RG.** 16. 6. 17, R. 17, 406. Der Schuldner hat die Unmöglichkeit der Leistung infolge militärischer Beschlagnahme nicht etwa deshalb zu vertreten, weil er trotz dieser Beschlagnahme früher andere Lieferungen derselben Art gemacht hat in der Annahme, die Beschlagnahme beziehe sich auf diese Lieferungen nicht.

11. **RG.** 26. 6. 17, R. 17, 407. Der Schuldner hat sein Unvermögen zur Leistung zu vertreten, wenn er einem unter Androhung gestellten, aber unberechtigten Verlangen des Kriegsministeriums, die Ware nur an den Staat zu liefern, nachgibt und einen Lieferungsvertrag mit dem Kriegsministerium abschließt. Er kann abwarten, ob und in welchem Umfange dieses seine Drohung ausführen werde.

12. **RG.** 16. 1. 17, R. 17 Nr. 346, WarnE. 17, 117. Der Schuldner hat den die Lieferung einer bestimmten Menge Milch von seinem Gute nachträglich unmöglich machenden Umstand zu vertreten, wenn er die Garantie in dem Sinne übernommen hat, daß er verpflichtet sein soll, die Gefahr der späteren Unmöglichkeit der Lieferung der verkauften Menge zu tragen. Eine solche Garantieübernahme liegt nicht in der Vereinbarung, er verkaufe die auf dem Gute gewonnene Milch, soweit sie nicht zur Aufrechterhaltung des Wirtschaftsbetriebs erforderlich sei, „und zwar 700—900 l"; die Hinzufügung dieser Zahl bedeutet nicht mehr, als daß er sich verpflichtet, die Erzeugung von Milch auf dem Gute in einer solchen Höhe zu halten, daß täglich wenigstens 700 l für den Käufer verfügbar sind. Daß der Schuldner die Gefahr der Unmöglichkeit der Leistung tragen soll, geht auch nicht aus dem Umstand hervor, daß er sich von bestimmten, genau bezeichneten Gefahren freizeichnet.

13. **RG.** 23. 10. 17, R. 17, 592. Ein Fabrikant hat die Betriebseinstellung nicht zu vertreten, wenn er zu ihr schreitet, nachdem er vergebens versucht hat, an Stelle des zum Heeresdienst eingezogenen Personals anderes geübtes Personal zu bekommen, und ein Arbeiten mit neu angenommenen Hilfskräften zu schweren Geldverlusten geführt hätte.

14. **RG.** 23. 6. 16 — JDR. 15, § 275 IV 2a — btr. Vertretbarkeit des Mangels an Ware, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 14.

VI. Unmöglichkeit nach Eintritt des Verzugs.

1. **RG.** 10. 10. 16, R. 17, 30. Eine nach Eintritt des Verzugs zufolge behördlicher Kriegsverfügung eingetretene Unmöglichkeit der Leistung vermag die Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht nicht herbeizuführen (§ 287).

2. **RG.** 17. 10. 16, WarnE. 17, 416. Die nach Eintritt des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung befreit den Schuldner nicht von der Leistungspflicht.

3. **RG.** 11. 5. 17, WarnE. 17, 247. Der Verkäufer kann sich auf eine Beschlagnahme nicht berufen, wenn er zur Zeit der Verfügung derselben sich bereits in Verzug befand.

4. **RG.** 3. 10. 17, R. 17 Nr. 1969. Der im Lieferungsverzuge befindliche Verkäufer hat die Folgen einer Beschlagnahme zu vertreten.

5. **RG.** 12. 7. 17, R. 17, 518. Ist der Verkäufer von reinem Weizenmehl schon vor dem Erscheinen der BRVO. vom 5. 1. 15 in Lieferungsverzug geraten, so ist er im Vertragsverhältnisse der Parteien untereinander trotz der durch die BRVO. bestimmten Beschränkungen im Mehlhandel für die Nichterfüllung der Lieferungspflicht verantwortlich geblieben.

6. Dresden 23. 6. 16, LeipzZ. 17, 487, SächsRpflA. 17, 152, R. 17, 225. Gegenüber der Inanspruchnahme aus einem zur Zeit des Kriegsausbruchs bereits eingetretenen Verzug ist die Berufung auf eine vereinbarte Kriegsklausel unzulässig.

VII. Verhältnismäßige Verteilung, falls nicht mehr an alle Abnehmer alles geliefert werden kann.

1. Posen 6. 6. 17, PosMSchr. 17, 57. Reichen die dem Verkäufer zur Verfügung stehenden Vorräte zur Befriedigung aller Käufer nicht aus, dann hat er sie in einer Weise zur Befriedigung der Käufer zu verwenden, wie es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte geboten erscheint. Er darf insbesondere einzelne Käufer bei der Verteilung nicht deshalb bevorzugen, weil sie einen höheren Kaufpreis zahlen.

2. Hamburg 14. 3. 17, HansGZ. 17 Hbl. 119, R. 17, 267. Reichen die dem Verkäufer infolge des Kriegs verbliebenen Waren nicht aus, seine sämtlichen Käufer vollständig zu befriedigen, und ist ein Teil der Verträge mit Kriegsklausel abgeschlossen, ein anderer nicht, dann ist der Verkäufer verpflichtet, die mit Kriegsklausel abgeschlossenen Verträge aufzukündigen, um sich auf diese Weise instand zu setzen, die Verträge voll zu erfüllen, die eine Kriegsklausel nicht haben. Die Käufer ohne Kriegsklausel haben einen Rechtsanspruch auf Lieferung gemäß dem Vertrag; solange der Verkäufer in der Lage ist, diesem dadurch zu genügen, daß er sich den Käufern mit Kriegsklausel gegenüber auf sein Recht zur Verweigerung der Lieferung beruft, kann von einer Unmöglichkeit der Erfüllung keine Rede sein. Der Grundsatz **RG.** 84, 125 findet keine Anwendung; dort handelt es sich um die Ansprüche Gleichberechtigter, hier dagegen um Berechtigte einerseits und Nichtberechtigte andererseits.

3. Dresden 19. 10. 16, JW. 17, 978, R. 17, 267, SächsRpflA. 17, 70. Der Verkäufer, der die von ihm an zahlreiche Kunden verkaufte genau spezialisierte einer einzigen Erzeugungsstelle entstammende Ware nicht an alle Abnehmer liefern kann, mit denen er Lieferungsverträge geschlossen hat, weil er infolge des Kriegs die Erzeugung der Ware einstellen mußte, ist nicht verpflichtet, die ihm zur Verfügung stehende, aber zur vollen Befriedigung seiner Kunden nicht ausreichenden Vorräte verhältnismäßig auf sie zu verteilen, wenn die noch laufenden Schlüsse teils langfristig, teils kurzfristig sind und nach der damaligen Lage der Sache eine Neigung unter den Abnehmern besteht, von ihren Abschlüssen entbunden zu werden. Eine Umfrage bei den Bestellern, wer auf Erfüllung bestehe oder nicht, und ob der Besteller zur Abnahme des ihm zuzuteilenden Betrags binnen angemessener Frist bereit sei oder nicht, ist bei diesen Verhältnissen dem Verkäufer nicht anzusinnen. Er ist vielmehr berechtigt, in der Reihenfolge der eingehenden Abrufe die Abnehmer so lange zu befriedigen, als die Vorräte reichen.

VIII. Beseitigung des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses.

1. **RG.** 19. 6. 17, JW. 17, 847, R. 17, 406. Des zur Lieferung verpflichteten Schuldners Sache ist es, die Freigabe von der militärischen Beschlagnahme zu betreiben, soweit diese Freigabe zur Beschaffung der ihr obliegenden Leistung nötig ist.

2. Siehe auch B II 9.

3. Hamburg 2. 11. 16, LeipzZ. 17, 937, OLG. 34, 22, R. 17, 367, SeuffA. 72, 219. Kann der in Deutschland ansässige Verkäufer, der die Ware in das Ausland zu liefern hat,

im Falle, daß in Deutschland ein Ausfuhr- und Durchfuhrverbot erlassen ist, nach Inhalt des Vertrags von dem Käufer auch verlangen, daß dieser ihm den amtlichen Durchfuhrerlaubnisschein verschafft, so ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Käufer die zur Beschaffung der Erlaubnis erforderlichen genauen Angaben über die Herkunft der der Ware zu machen, da er allein hierzu imstande ist. Will er dies nicht tun, dann muß er hieraus die Folgerung ziehen, daß er selbst die Beschaffung der Erlaubnis übernimmt.

IX. Ausschluß des Rücktrittsrechts. Während des Kriegs geschlossene Verträge und getroffene Vereinbarungen.

1. a) **RG.** 12. 7. 17, DJZ. 17, 1029, JW. 17, 899, R. 17, 517, 518, WarnE. 17, 289. Der Grundsatz, daß durch Veränderung des Inhalts der Leistung durch den Krieg ein Rücktrittsrecht gegeben ist, findet seine Schranke in einer entgegenstehenden Vereinbarung der Parteien und ist besonders dann ausgeschlossen, wenn der Wille der Beteiligten dahin geht, daß der Vertrag unter allen Umständen, auch bei längerer Erfüllungsunmöglichkeit und Dauer des Kriegs bzw. bei wirtschaftlicher Umgestaltung des Vertrags durch den Krieg, ausgeführt werden soll. Das ist der Fall, wenn der Verkäufer im September 1914 sich freiwillig seines Rücktrittsrechts begibt und die Hinausschiebung der Lieferungszeit bis zum Ablauf eines Jahres nach Beendigung des Kriegs mit dem Käufer vereinbart, obwohl man schon damals mit einer längeren Dauer des Kriegs hat rechnen müssen.

b) Ebenso: Karlsruhe 3. 4. 17, DJZ. 17, 691.

2. **RG.** 10. 11. 16, R. 17, 30. Hat sich der Verkäufer trotz der bereits bedrohlich hervorgetretenen und ihm bekannten Schwierigkeit der Beschaffung des Rohstoffs unbekümmert um diese auf die Entgegennahme von Bestellungen eingelassen, dann kann er sich nachher auf eine behördliche Beschränkung der Rohstoffzuweisung nicht berufen.

3. **RG.** 9. 2. 17, JW. 17, 656. Wenn der Verkäufer die Erfüllung seiner Lieferpflicht wiederholt und mit aller Bestimmtheit zusichert, als er sein Unvermögen, rechtzeitig zu erfüllen, bereits eingesehen hat, ja als er sich bereits im Leistungsverzuge befindet, so liegt darin die Übernahme einer besonderen Gewähr für die Erfüllung seiner vertraglichen Lieferungspflicht und ein Verzicht auf die Einrede der Unmöglichkeit.

Hachenburg, JW. 17, 656 äußert Bedenken.

4. **RG.** 12. 7. 17, DJZ. 17, 1029, LeipzZ. 17, 1248. Eine im Oktober 1914 getroffene Vereinbarung, die Ausführung des geschlossenen Vertrags nach Wiedereintritt geordneter Verhältnisse vorzunehmen, ist wegen der weiteren zeitlichen Erstreckung des Kriegs und des Weiterreichens seiner Einwirkung auf die wirtschaftlichen Verhältnisse, als man damals angenommen hat, nicht hinfällig, wenn schon damals mit der Möglichkeit einer längeren als der erwarteten Kriegsdauer zu rechnen gewesen ist, und die Parteien dem Willen, dem Vereinbarten nur für eine kürzere Kriegsdauer Geltung zu verleihen, in keiner Weise zum Ausdruck gebracht haben. Ohne zwingende neue Gründe darf der in der Vereinbarung eingenommene Standpunkt nicht wieder verlassen werden.

5. Hamburg 22. 5. 17, R. 17, 517. Auch während des Kriegs abgeschlossene Lieferungsverträge können, wenn sich die Lage infolge der weiteren Kriegsdauer wesentlich geändert hat, insbesondere auch der feindliche Handelskrieg Formen angenommen hat, die fast jede Berechnung für die Zukunft ausschließen, rückgängig gemacht werden.

6. Hamburg 8. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 245. Der Schuldner kann sich darauf, daß infolge der langen Dauer des Kriegs die frühestens nach Beendigung desselben zu bewirkende Leistung einen ganz anderen wirtschaftlichen Inhalt habe, als die versprochene, auch dann berufen, wenn bei dem Vertragschlusse im Juli 1915 nach den damaligen Verhältnissen die Leistung zwar schon unmöglich war, er die Leistung aber in der dem Gläubiger gegenüber ausgesprochenen Voraussetzung übernommen hat, daß es sich nur um eine zeitweilige, binnen kurzem behobene Unmöglichkeit handle.

7. Hamburg 8. 5. 17, R. 17, 557. Der Verkäufer kann sich auf die infolge des Kriegs eingetretenen wirtschaftlichen Verhältnisse auch dann noch berufen, wenn er während des

Kriegs erklärt hat, er behalte sich für die Lieferung den Eintritt normaler Verhältnisse vor. Unter normalen Zeiten können nur Zeiten verstanden werden, die denen zur Zeit des Vertragsschlusses ähneln. Von der Wiederkehr dieser Zeiten kann aber jetzt nach der langen Dauer des Kriegs keine Rede mehr sein.

8. Hamburg 22. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 221. Ein im August 1915 abgegebenes Versprechen, nach dem Kriege einen im Juni 1914 abgeschlossenen Vertrag über Lieferung ägyptischer Baumwolle ausführen zu wollen, ist mit Rücksicht auf die unerwartet lange weitere Dauer des Kriegs und die völlige Veränderung aller wirtschaftlichen Verhältnisse nicht bindend, selbst wenn bei Abgabe des Versprechens mit einer längeren Dauer des Kriegs gerechnet worden ist. Bei der jetzigen Sachlage hat die Lieferung der Ware nach dem Kriege einen völlig anderen wirtschaftlichen Inhalt als beide Parteien im August 1915 annahmen.

9. Stuttgart 3. 10. 16, R. 17, 29. Muß der Verkäufer bei dem während des Kriegs erfolgten Vertragsschlusse damit rechnen, daß eine Knappheit und Verteuerung der erforderlichen Rohstoffe eintritt, entschließt er sich aber dennoch zur Verpflichtung zur Lieferung der Ware unbedingt und vorbehaltlos, dann kann er sich später auf die Erschwerung von deren Beschaffung nicht berufen.

10. Schumacher, Unmöglichkeit der Leistungen bei Schiebungen von Geschäften auf Friedenszeit, HansRZ. 1, 116. In vielen Fällen wird man zwischen Abmachungen vor und nach Kriegsausbruch unterscheiden und sagen können, daß bei ersteren der Schuldner frei wird, wenn bei einer zeitweiligen Unmöglichkeit der Leistungsinhalt infolge der Einwirkung der Kriegsereignisse ein wesentlich anderer wird, während er bei letzteren an die angesichts der schon bestehenden Kriegsereignisse trotz starker Einwirkungen derselben auf die Leistung getroffene Vereinbarung über Lieferung nach dem Krieg gebunden und nicht in der Lage sei, sich auf den Standpunkt zu stellen, daß man bei der fraglichen Vereinbarung an eine Beendigung des Kriegs binnen kurzer Frist gedacht und mit einer so langen Dauer nicht gerechnet habe. Es müssen aber immer der Sinn der einzelnen Abmachung und die Besonderheiten des Falls stets erneut geprüft und berücksichtigt werden, wie einige Fälle des Baumwolleinfuhrgeschäfts zeigen, die mitgeteilt werden.

11. Dresden 1. 2. 17, JW. 17, 864. Das Recht, die Lieferung unter Bezugnahme auf die Kriegsverhältnisse zu verweigern, ist ausgeschlossen, wenn wegen dieser Verhältnisse eine vergleichsweise Heraufsetzung des Kaufpreises stattgefunden hatte.

X. Verhältnis der vertragsmäßigen Kriegsabrede zu den gesetzlichen Vorschriften über Unmöglichkeit der Erfüllung.

→ Zu vgl. IV B b ee zu § 157 BGB. ←

XI. Übergangswirtschaft.

Fuchs, Übergangswirtschaft und unerledigte Friedenskontrakte, AÖstGZ. 17, 241. Die noch schwebenden Vorkriegsschlüsse sind grundsätzlich zu erfüllen. Lieferungsbefreiend wirken nicht die durch den Krieg geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern lediglich die vom Verkäufer nachzuweisende unverschuldete Unmöglichkeit oder Unerschwinglichkeit der Leistung.

§ 276.

Schrifttum: Josef, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, GruchotsBeitr. 61, 177.

Inhalt.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 23. (24.) 4. 17, PosMSchr. 17, 62, R. 17 Nr. 1587. Ein Verschulden ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil aus früheren Verstößen gegen die erforderliche Sorgfalt ein Schaden nicht erwachsen ist.

2. **RG.** 16. 2. 17, JW. 17, 461, LeipzZ. 17, 920, R. 17 Nr. 567. Es liegt in der Natur der Sache und ist ein natürliches Ergebnis der Einwirkung der Gefahr auf den menschlichen Geist, daß Menschen, die einer plötzlichen und unerwarteten Gefahr gegenüberstehen, in der Bestürzung und bei der Notwendigkeit der raschen Entschließung nicht mit der gleichen Umsicht handeln, wie sie es sonst tun, und wie es unter gewöhnlichen Verhältnissen der Verkehr von ihnen verlangt. Ein Verschulden ist dann zu verneinen.

3. Josef. Vorsatz ist das Handeln unter Vorstellung und Billigung des Erfolges. Das Bewußtsein von der Unzulässigkeit der Handlungsweise genügt allein nicht für die Annahme des Vorsatzes; der dahin gehenden Ansicht des Reichsgerichts (z. B. JW. 14, 354, **RG.** 86, 102 — JDR. 15 I 1 —) ist nicht beizutreten. Ist zwar der Wille des Handelnden auf die von ihm zu vertretende Handlung oder Unterlassung gerichtet, erscheint ihm aber die Möglichkeit, daß sie einen Schaden verursachen könne, so weit entfernt, daß er sie sich gar nicht vorstellt und noch weniger billigt, dann liegt keine vorsätzliche Handlung vor. Eine solche ist nur dann anzunehmen, wenn die besonderen Umstände des Falls dem

Handelnden die Schädigung eines Dritten als so naheliegend erscheinen lassen, daß er sie in seine Vorstellung aufnehmen muß und sie folglich mit will. Im übrigen werden Fragen der Amtspflichtverletzung, des Versicherungsrechts und der sittenwidrigen Schädigungen behandelt (vgl. § 611 II 2c α, β).

4. Colmar 23. 5. 16, ElsLothJZ. 17, 118. Die strafrechtliche Fahrlässigkeit unterscheidet sich von der zivilrechtlichen namentlich in bezug auf die Voraussehbarkeit des Erfolges. Die Fahrlässigkeit nach § 276 schließt nur die allgemeine Voraussehbarkeit des Schadens in sich; hierzu gehört nicht, daß der Täter eine genaue Vorstellung von der tatsächlichen Art des Schadens oder von dessen Umfange hätte gewinnen können, vielmehr genügt, daß er die Möglichkeit irgendeines Schadens voraussehen konnte. Nach strafrechtlichen Grundsätzen ist dagegen der Erfolg nur insoweit zurechenbar, als er voraussehbar war. Strafrechtliche Fahrlässigkeit ist also Nichtvoraussicht des voraussehbaren Erfolgs; voraussehbar aber ist der Erfolg, wenn der Täter ihn hätte voraussehen können und sollen.

5. **RG.** 7. 2. 17, LeipzZ. 17, 1052. Die allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, besteht gegenüber jeder Person.

6. a) **RG.** 13. 7. 16, R. 17 Nr. 569. Unter achtjährigen Knaben kommt es so häufig vor, daß sie sich gegenseitig mit unbewehrter Hand stoßen, und dies wird auch gegenseitig als so harmlos angesehen, daß darin ein schuldhaftes Verhalten nicht gefunden werden kann, auch wenn das Stoßen so kräftig ausfällt, daß der Gegner zu Boden fällt. Dieser Fall liegt anders, als wenn die Knaben sich mit Steinen oder noch gefährlicheren Dingen werfen.

b) Hamburg 11. 1. 17, R. 17 Nr. 621. Einem elfjährigen Kinde, das mit einem Kindergewehr auf einen Menschen schießt, kann es nicht als Fahrlässigkeit angerechnet werden, daß es sich vor dem Abdrücken nicht davon überzeugt hat, ob das Gewehr geladen war oder nicht.

II. Einzelheiten.

1. Sorgfaltspflicht bei Ausübung der Heilkunde.

a) Arzt.

α. **RG.** 9. 3. 16, OLG. 33, 328 Anm. Pflicht des Hausarzts, nach Rücksprache mit den Angehörigen die Zuziehung eines Irrenarztes zu dem nach seiner Überzeugung nicht normalen Kranken zu veranlassen.

β. Ähnlich: Düsseldorf 10. 7. 14, OLG. 33, 328.

γ. Cöln 5. 3. 14, OLG. 34, 120. Pflicht des Leiters einer Irrenanstalt zur Erteilung von allgemeinen Anweisungen, Überwachung derselben und Treffen von besonderen Vorsichtsmaßregeln in besonderen Fällen. Er darf sich nicht auf seine Hilfskräfte verlassen. Dagegen kann der Inhaber der Anstalt, der nicht Arzt ist, die Leitung der Anstalt und die Aufsicht über die Kranken völlig einem anerkannt tüchtigen und erfahrenen Irrenarzte überlassen.

b) Kranker.

Colmar 19. 1. 16, ElsLothJZ. 17, 14. Verschulden durch Ablehnung der Vornahme einer Operation (**RG.** 60, 148).

2. Sorgfaltspflicht des Notars siehe § 611 II 2c.

3. Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts.

a) Hamburg 1. 7. 16 — JDR. 15 II 4a — btr. Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Kenntnis des vor 1. 1. 1900 in Geltung gewesenen Rechts, abgedruckt auch: OLG. 34, 134, SeuffA. 72, 297, ZBlFG. 17, 522.

b) KG. 23. 5. 17, KGBl. 17, 69. Zu den Pflichten eines Rechtsanwalts gehört es, alle Bedenken zu erwägen und zu erörtern, welche der von dem Auftraggeber beabsichtigten Rechtsverfolgung entgegenstehen können. Deshalb muß er den Auftraggeber auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts hinweisen, nach der der Rechtsstreit für diesen aussichtslos erscheint, und darf nur dann zur Anstrengung der Klage und zur Einlegung der Berufung schreiten, wenn der Auftraggeber gleichwohl hierauf besteht. Er macht sich also schadens-

ersatzpflichtig, wenn er eine Klage aus dem Reichsanfechtungsgesetze anstellt, die nur das Recht auf den Fruchtgenuß einer anfechtbar veräußerten Sache zum Gegenstand der Anfechtung macht.

c) **RG.** 19. 12. 16, BayRpflZ. 17, 190, R. 17 Nr. 572. Ist ein Schadensersatzanspruch nur zum Teil eingeklagt und in erster Instanz nur über den Grund entschieden, dann handelt der Rechtsanwalt, der den Kl. in der Berufungsinstanz vertritt, nicht schuldhaft, wenn er die Geltendmachung der weiteren, noch nicht eingeklagten Ansprüche dem erstinstanzlichen Anwalt überläßt und von der Annahme ausgeht, daß dieser für die Unterbrechung der erst nach 10 Monaten eintretenden Verjährung sorgen werde.

d) Colmar 12. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 103. Der Rechtsanwalt hat die ihm als Prozeßbevollmächtigten obliegende Sorgfalt vernachlässigt, wenn die von ihm erhobene Klage der Angabe des Klagegrunds entbehrt, z. B. nicht erwähnt, daß die von dem Kl. geltend gemachte Forderung ihm von dem ursprünglichen Gläubiger abgetreten worden ist.

e) KG. 25. 5. 16, JW. 17, 237, OLG. 33, 321. Der Rechtsanwalt ist nicht verpflichtet, die Echtheit eines von der Gegenpartei vorgelegten Briefs allein aus dem Grunde zu bestreiten, weil dieser für seinen Auftraggeber ungünstig ist. Die Auffassung, daß der Anwalt alles ohne Rücksicht auf die objektive Wahrheit zu bestreiten habe, was ungünstig für seinen Auftraggeber sei, verkennt völlig die Stellung und die Aufgabe des Anwalts, der nach der deutschen Gesetzgebung als ein notwendiges Glied bei der Handhabung der Rechtspflege mitzuwirken hat.

Hierzu: Kann, JW. 17, 237. Zur Anerkennung der Echtheit eines Schreibens seines Auftraggebers, ohne diesen darüber befragt zu haben, ist der Rechtsanwalt in keinem Falle befugt.

f) Colmar 12. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 103. Der Rechtsanwalt, der dem Auftraggeber den Rat erteilt, die unrichtig erhobene Klage zurückzunehmen, muß auf die durch § 212 Abs. 2 gewährte Möglichkeit erneuter Klagerhebung aufmerksam machen.

g) Hamburg 25. 3. 14, OLG. 34, 59. Der Rechtsanwalt, der den Auftrag erhält, in Vollstreckung eines Urteils das Konto des Schuldners bei einer Bank sperren zu lassen, handelt nicht schuldhaft, wenn er eine Pfändung des Guthabens, wie es zurzeit besteht, erwirkt, nicht aber auch die etwaigen zukünftigen Forderungen des Schuldners gegen die Bank aus weiteren Eingängen auf das Konto pfänden läßt.

h) **RG.** 20. 11. 13, OLG. 34, 59 Anm. Erfährt der Rechtsanwalt, daß die Aushändigung des Nachlasses des Schuldners seines Auftraggebers durch den Nachlaßpfleger an den ausländischen Erben bevorsteht, dann muß er sofort die erforderlichen Schritte zur Beschaffung der Unterlagen für ein Arrestgesuch tun und dies unmittelbar nach Aufhebung der Nachlaßpflegschaft einreichen.

i) Dresden 18. 6. 14, SächsRpflA. 17, 17. Ist es ungewiß, ob der Auftrag zur Zustellung eines Arrestbefehls an den Schuldner ausgeführt werden kann, und ist dann, wenn der Aufenthalt des Schuldners nicht ermittelt wird, die öffentliche Zustellung des bereits vollzogenen Arrestbefehls geboten, dann muß der Rechtsanwalt des Gläubigers den Gerichtsvollzieher bei Erteilung des Zustellungsauftrags unter Hinweis auf diese Umstände zur Beschleunigung der Ausführung veranlassen und durch entsprechende Anweisung an sein Bureaupersonal oder, sofern dies erforderlich ist, durch persönliches Eingreifen die Zustellung sorgfältig überwachen und für rechtzeitige Vorlegung des Ergebnisses an ihn sorgen. Er ist weiter verpflichtet, wenn er in einem derartigen Fall den Gläubiger auffordert, die neue Adresse des Schuldners zu beschaffen, den Gläubiger darauf hinzuweisen, daß die Zustellungsfrist nur eine Woche beträgt.

k) **RG.** 23. 2. 17; 89, 426, JW. 17, 462. Ist es auf Grund des bestehenden Vertragsverhältnisses Pflicht des zur Vertretung des betreibenden Gläubigers in der Zwangsversteigerung zugezogenen Rechtsanwalts, seinem Auftraggeber die Mittel an die Hand zu geben, die zur Vereitelung des Zuschlags für das abgegebene, die Hypothek des Auftraggebers nicht voll deckende Gebot führen können, dann gereicht es ihm zum Verschulden,

wenn er in der Zeit zwischen Versteigerungstermin und dem Termin zur Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag (3 Wochen) nicht an die Zurücknahme des Versteigerungsantrags gedacht und diese dem Auftraggeber empfohlen hat. Wenn im Schrifttum auch Streit darüber besteht, ob die Zurücknahme des Antrags zur Versagung des Zuschlags führen würde, so wird diese Frage doch von namhaften Bearbeitern des ZVG. bejaht und deshalb mußte der Anwalt, selbst wenn er diese Ansicht nicht geteilt haben sollte, diesen Weg betreten, da er einen anderen Weg nicht gefunden hatte. **RG.** 87, 187 steht nicht entgegen, da dort ausgesprochen ist, daß der einzelne Fall und die einzelnen Rechtsfragen eine Ausnahme von dem dort aufgestellten allgemeinen Grundsatze rechtfertigen könnten.

Hierzu: *Friedländer*, JW. 17, 642.

l) **RG.** 5. 5. 16 — JDR. 15 II 4e — btr. Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts bei Vertragsentwürfen, abgedruckt auch: HansGZ. 17 Bbl. 109.

m) Dresden 24. 4. 17, JW. 17, 979, SächsRpflA. 17, 344. Der Rechtsanwalt, der auf die Anfrage des Auftraggebers, wie die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft vor sich geht, zwar antworten *will*, daß die Auseinandersetzung nach Maßgabe der §§ 142, 140 HGB. zu erfolgen habe, bei der Darstellung der Art und Weise der Auseinandersetzung sich aber über den Inhalt der einschlagenden Vorschriften irrt und als gesetzliche Art der Durchführung der Auseinandersetzung fälschlicherweise angibt, daß das nach Aufstellung einer Inventur und Bilanz sich ergebende Buchguthaben auszuzahlen sei, und dann auf Grund des ihm hiernach erteilten Auftrags dementsprechend die Klage anstrengt, handelt schuldhaft.

n) München 5. 2. 17, OLG. 34, 167. Ist der um Rat angegangene Rechtsanwalt sich nicht darüber klar, ob die beabsichtigte Sicherstellung des Auftraggebers durch Übertragung einer Eigentümerhypothek auf ihn sich auf dem Wege der Abtretung des Berichtigungsanspruchs erreichen läßt, dann muß er darauf hinweisen, daß die bezweckte Sicherheit erst durch notariell beurkundete, im Grundbuche einzuschreibende Abtretung der Eigentümerhypothek zu gewinnen ist. Er muß auch darauf aufmerksam machen, daß dem Auftraggeber die Eigentümerhypothek nicht übertragen werden kann, wenn eine Vormerkung nach § 1179 eingetragen sein sollte.

o) Hamburg 15. 12. 16, DJZ. 17, 442. Der Rechtsanwalt braucht die Benachrichtigung des Schuldners von der Abtretung der Forderung nicht mittels *eingeschriebenen* Briefs zu bewirken.

p) Kiel 14. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 86. Der Rechtsanwalt, der als Berater in wirtschaftlichen Fragen in Anspruch genommen wird, kann und muß davon ausgehen, daß er den Rat nur nach Maßgabe der ihm vom Auftraggeber erbrachten Unterlagen erteilen kann und soll. Dazu, sich selbst diese Unterlagen zu beschaffen, ist er regelmäßig nicht verpflichtet.

4. Sorgfaltspflicht des *Patentanwalts*.

Hamburg 7. 11. 16, JW. 17, 116. Der Patentanwalt, der es übernommen hat, zur Vermeidung des Erlöschens des Patents die Gebühr an das Patentamt bis zu einem bestimmten Tage zu zahlen, darf sich zur Zahlung der Banküberweisung nur bedienen, wenn auch bei dieser der rechtzeitige Eingang bei dem Patentamt gesichert ist.

5. Sorgfaltspflicht des *Verwaltungsbeamten*.

RG. 5. 1. 17, R. 17 Nr. 1266. Den Verwaltungsbeamten trifft kein Verschulden, wenn er in eilbedürftigen Fällen die unbescheinigte Behauptung eines Beteiligten, eine erst vor 6 Tagen erlassene Ministerialverfügung sei wieder aufgehoben, unbeachtet läßt.

6. Sorgfaltspflicht des *Gemeindevorstehers*.

a) **RG.** 2. 11. 16, LeipZ. 17, 478, R. 17 Nr. 824, SeuffA. 72, 223, WarnE. 17, 382. An die Gesetzeskunde, an die richtige Gesetzesauslegung und an die praktische Schulung in der Anwendung der Gesetzesvorschriften bei Errichtung eines Nottestaments können einem Gemeindevorsteher gegenüber nicht gleich hohe Anforderungen gestellt werden, wie gegenüber einem Richter oder Notar.

b) Ebenso: **RG.** 26. 1. 17, LeipzZ. 17, 480, WarnE. 17, 182. Die mildere Beurteilung (JW. 11, 714) greift namentlich mit Rücksicht auf die Eilbedürftigkeit Platz. Spricht das Protokoll von deutlicher Vorlesung und eigenhändiger Unterschrift, dann kann darin, daß nur der Vermerk über die Genehmigung fehlt, unter Umständen ein Verschulden nicht gefunden werden.

c) **RG.** 2. 3. 17, DJZ. 17, 751, JW. 17, 663, R. 17 Nr. 823. Sorgfaltspflicht bei Ausstellung von Bahnschutzwachen nach Ausbruch des Kriegs.

Zustimmend: Arndt, JW. 17, 663.

7. Sorgfaltspflicht der Polizeibehörde.

Kiel 9. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 81/85. Der Leiter der Polizeiverwaltung einer größeren Stadtgemeinde muß sich mit der Rechtsprechung, soweit sie die Fragen seines Verwaltungsgebiets berührt, im allgemeinen vertraut machen und somit auch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte über die Anwendung der gewerbepolizeilichen Vorschriften hinsichtlich der Veranstaltung von Lustbarkeiten und dergleichen kennen.

8. Sorgfaltspflicht des Postbeamten.

Hamburg 21. 12. 16, R. 17 Nr. 629, SeuffA. 72, 156. Ein Postbeamter, der bei Handhabung eines einfachen, keine besondere Überlegung erfordernden Verfahrens gegen die Vorschriften der Postordnung verstößt, z. B. einen ihm als Einschreibebrief übergebenen Brief, über den er einen Einlieferungszettel ausgestellt hat, nicht in der vorgeschriebenen Weise, sondern als einfachen Brief behandelt, kann sich nicht damit entschuldigen, daß er dienstlich überanstrengt gewesen sei.

9. Sorgfaltspflicht im Postverkehr.

Hamburg 21. 12. 16, R. 17 Nr. 629. Den Absender eines 195 M. enthaltenden Briefs trifft kein Verschulden, wenn er diesen Brief als Einschreibebrief, nicht als Wertbrief aufgibt.

10. Sorgfaltspflicht des Richters.

a) Josef, Nochmals Verletzung von Amtspflichten, R. 17, 529. Der Richter hat bei Prüfung eines Antrags die sämtlichen diesem entgegenstehenden Gründe zu ermitteln und sie sämtlich in derselben Verfügung dem Antragsteller mitzuteilen. Dies gilt ausnahmslos, wo die Angelegenheit einer besonderen Beschleunigung bedarf.

b) **RG.** 5. 10. 17, KGBl. 17, 91. Sorgfaltspflicht des Vollstreckungsrichters bei Aufhebung eines die Pfändung von Mietzinsen anordnenden Pfändungsbeschlusses mit Rücksicht auf den Nießbrauch eines Dritten.

c) *α.* **RG.** 15. 5. 17, WarnE. 17, 274. Liegen Tatsachen vor, die gegen die Redlichkeit des Vormunds Verdacht erwecken, dann muß der Vormundschaftsrichter, wenn er dem Vormunde die Ermächtigung erteilt, zwecks anderweiter mündelsicherer Anlegung Geld von einem gesperrten Sparkassenbuche des Mündels abzuheben, dafür sorgen, daß das Geld nach der Auszahlung durch die Sparkasse der anderweiten mündelsicheren Anlegung in einer Weise zugeführt wird, die es ausschließt, daß dem Vormund der Betrag in die Hände kommt. Ist aus den Akten erkennbar, daß das Mündel unentgeltlich zur Pflege untergebracht ist, kommen also Ausgaben für es nicht in Betracht, die aus den Zinsen seines Vermögens bestritten werden müssen, dann handelt der Vormundschaftsrichter pflichtwidrig, wenn er von dem Vormund nicht den Nachweis der gesetzmäßig bewirkten Anlegung der Zinsen fordert (§§ 1839, 1840).

β. Braunschweig 13. 4. 17, OLG. 35, 355. Verschulden des Vormundschaftsrichters, der dem Vormunde die Genehmigung erteilt, das gesamte hinterlegte Vermögen des Mündels bei der Hinterlegungsstelle abzuheben zu einer Zeit, zu der der Vormund wegen der Überweisung der Vormundschaft an ein anderes Gericht zeitweise ohne jede Aufsicht war.

γ. Dresden 22. 5. 17, OLG. 35, 350. Der Vormundschaftsrichter hat durchweg an erster Stelle das Wohl des Mündels zu berücksichtigen (**RG.** 85, 418; 88, 265). Dies gilt auch dann, wenn vom Vormunde beantragt wird, dem Mündel einen Pfleger zu

bestellen zur Entgegennahme einer Kündigung des Vormunds, der in dem Hause des Mündels eine Wohnung innehat, und er braucht deshalb einen von dem regelmäßigen Geschäftsgang abweichenden Weg nicht einzuschlagen, soweit er nur nicht hierbei das Interesse des Vormunds verletzt. Deshalb ist es nicht schuldhaft, wenn er trotz baldigen Ablaufs der Kündigungsfrist vor der Auswahl des Pflegers erst den Waisenrat anhört, da eine Abweichung von der Vorschrift des § 1779 nur dann angezeigt ist, wenn sie nicht ohne Gefährdung des Wohls des Mündels unterbleiben kann.

d) Rostock 21. 12. 16, MecklZ. 35, 261. Den Nachlaßrichter trifft bei Ausstellung eines Erbscheins ein Verschulden, wenn seine Auslegung des Testaments gegen feststehende Auslegungsregeln oder anerkannte Rechtsbegriffe verstößt, oder wenn er es an gewissenhafter Prüfung hat fehlen lassen. Aber die Tatsache einer falschen Beurteilung allein stellt ein Verschulden nicht dar.

e) Wegen des Grundbuchrichters: § 839.

11. Sorgfaltspflicht des Gerichtsvollziehers.

Hamm 21. 3. 16, OLG. 34, 132. Pflicht zur vorsichtigen Schätzung der Pfandstücke (Zugrundelegung der Einkaufs- und der Verkaufspreise), erforderlichenfalls zur Erkundigung bei geeigneten Auskunftspersonen.

12. Sorgfaltspflicht des Gutachters.

Hamm 7. 4. 16, OLG. 34, 35. Daß die Auffassung des Gutachters objektiv unrichtig ist, genügt noch nicht, das Gutachten als schuldhaft falsch erscheinen zu lassen. Eine Fahrlässigkeit kann nur angenommen werden, wenn bestimmte Gesichtspunkte nicht beachtet sind, die bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit nicht hätten übergangen werden dürfen. Insbesondere wird sie, wenn es sich um ein Gutachten über das Zurechtbestehen eines Gebrauchsmusters handelt, regelmäßig dann gegeben sein, wenn der Gutachter das Material nicht sorgsam sammelt und ihm daher etwa leicht auffindbare Patentschriften oder ältere Konstruktionen entgangen sind, auf die es für die Entscheidung ankommt. Hat sich der Gutachter eine feste Ansicht gebildet, dann ist er berechtigt und auch verpflichtet, sie auszudrücken. Hält er einen Irrtum für ausgeschlossen und ist er überzeugt, daß wirklich sachkundige Personen mit ihm im Ergebnis übereinstimmen, dann darf er seine Auffassung als unzweifelhaft darstellen.

13. Sorgfaltspflicht der Prozeßpartei.

Karlsruhe 19. 10. 16, BadRpr. 17, 113. Ist der Rechtsstreit nach der Absicht der Parteien durch einen Vergleich endgültig geregelt, dann handelt die Partei schuldhaft, die in dem noch anstehenden Verhandlungstermin ein Versäumnisurteil gegen die andere erwirkt.

14. Sorgfaltspflicht bei Hinterlegung einer prozessualen Sicherheit.

Jena 28. 2. 17, DJZ. 17, 908. Der Gläubiger, dem zur Leistung einer prozessualen Sicherheit genügende Wertpapiere zur Verfügung stehen, handelt schuldhaft, wenn er statt der Wertpapiere bares Geld hinterlegt und dadurch von diesem nur die geringen Hinterlegungszinsen erhält, also einen Zinsverlust erleidet.

15. Sorgfaltspflicht des Schuldners.

a) **RG.** 16. 10. 16, LeipzZ. 17, 59. Den Schuldner, der zur Abwendung einer in einer einstweiligen Verfügung erlassenen Anordnung nach Inhalt der Verfügung statt baren Geldes auch Wertpapiere hinterlegen darf, trifft kein Verschulden, wenn er Wertpapiere hinterlegt und bei der Anschaffung dieser mit einem Kursverluste bei ihrer späteren Wiederveräußerung nicht zu rechnen braucht.

b) Siehe auch II 15 (Hinterlegung einer Sicherheit) und II 4 (Zahlung durch Banküberweisung).

16. Sorgfaltspflicht der Ehefrau.

Celle 21. 10. 16, OLG. 34, 105. Der Ehefrau liegen in Abwesenheit des Mannes auch solche Aufgaben ob, die sonst zu dessen Wirkungskreise zu zählen sind, besonders die Wahrnehmung von Pflichten, die aus Verkehrsrücksichten ohne Aufschub gewahrt werden

müssen. Hierzu gehört auch die Obhut über die Gewerberäume des Mannes mindestens dann, wenn es sich um einfache Verhältnisse handelt, die Werkstätte mit der Familienwohnung im Zusammenhange liegt und nur geringe Mühewaltung der Frau in Frage steht. Ist in der von dem Manne offen gelassenen Werkstätte eine geladene Schrotflinte aufgehängt, und liegt die Werkstatt an dem Hofraum, der mit ihrem Wissen den Kindern als Spielplatz dient, dann muß sie die Türe derart verschließen, daß sie von Kindern voraussichtlich nicht geöffnet werden kann.

17. Sorgfaltspflicht der Eltern bei Beaufsichtigung der Kinder.

a) **RG.** 30. 3. 16 — JDR. 15, § 276 II 21a — btr. Pflicht der Eltern zur Überwachung der Kinder hinsichtlich des Besitzes von Schußwaffen, abgedruckt auch: R. 17, Nr. 203.

b) Hamburg 4. 1. 17, HansGZ. 17, Bbl. 97. Sorgfaltspflicht der Eltern hinsichtlich der Überlassung von Schußwaffen (Tesching) an einen Minderjährigen (**RG.** 57, 75) und Aufsichtspflicht.

c) Hamburg 11. 1. 17, HansGZ. 17 Bbl. 100, LeipzZ. 17, 938, R. 17 Nr. 621. Überwachungspflicht der Eltern, die Kindern Luftgewehre als Spielzeug in die Hand geben.

18. Sorgfaltspflicht der Autoritätsperson in bezug auf die der Autorität unterstehende Person.

RG. 24. 4. 17, PosMSchr. 17, 62. Mitnahme eines Geistesschwachen auf eine Treibjagd durch den Besitzer der Anstalt, in der jener untergebracht ist.

19. Sorgfaltspflicht des Lehrers.

a) **RG.** 10. 7. 16 — JDR. 15 § 276 II 22b β — btr. Sorgfaltspflicht des Lehrers beim Vorgehen gegen einen Schüler, der eine Tuschfeder in der Hand hält, abgedruckt auch: SeuffA. 72, 18.

b) **RG.** 3. 11. 16, LeipzZ. 17, 599, R. 16 Nr. 2071. Der Turnlehrer handelt schuldhaft, wenn er beim Turnunterricht (Springen über den Bock) für die Hilfsstellung nur einen Schüler bestimmt und dazu einen Schüler nimmt, der eine kranke Hand hat und deshalb im Gebrauche der Hand und in der Leistung der Hilfsstellung überhaupt behindert ist.

c) Die Entsch. Ja, b zu § 839.

20. Sorgfaltspflicht des Schulhausbesitzers.

Kiel 29. 2. 16 — JDR. 15 II 23 — btr. Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Schultafel, abgedruckt auch: OLG. 34, 129.

21. Sorgfaltspflicht des Verlegers und Schriftleiters.

a) Hamm, Verantwortlichkeit von Verleger und Redakteur für falsche Nachrichten, DJZ. 16, 1154. Der Verleger und der Redakteur, die ein Extrablatt mit einer wichtigen Nachricht im voraus drucken lassen, um die ersten zu sein, die die Nachricht bringen, sind zur größten Vorsicht und zu der Sicherung verpflichtet, daß nicht ein Angestellter in der Annahme, die Blätter seien zur sofortigen Ausgabe gedruckt, die Ausgabe der Blätter veranlaßt. Der Redakteur, der eine wichtige Nachricht drucken läßt, ist verpflichtet, die Richtigkeit derselben und die Zuverlässigkeit dessen, von dem sie herrührt, auf das möglichst sorgfältigste zu prüfen. Der Verleger hat bei Auswahl und Kontrolle des Redakteurs die pflichtmäßige Sorgfalt anzuwenden und zu sichern, daß die Aufnahme von Nachrichten durch den Redakteur nur nach gewissenhafter Prüfung geschieht.

b) **RG.** 19. 4. 17, GruchotsBeitr. 61, 799, JW. 17, 713, LeipzZ. 17, 922. Der verantwortliche Redakteur hat der Regel nach die Aufgabe, die Artikel für jede Nummer der Zeitschrift zusammenzustellen und deren Inhalt im allgemeinen einer Prüfung dahin zu unterwerfen, ob sie sich für das Blatt eignen und ihre Veröffentlichung zulässig und angebracht ist. Diese Stellung des verantwortlichen Redakteurs begründet eine gewisse tatsächliche Vermutung dafür, daß er von den in sein Blatt aufgenommenen Artikeln Kenntnis erlangt und genommen hat, so daß ihm der Gegenbeweis obliegt, daß diese Kenntnis nicht vorhanden war.

Zustimmend: v. Liszt, JW. 17, 713.

22. Sorgfaltspflicht des Verkäufers.

RG. 19. 4. 16 — FDR. 15 II 24 zu § 276 — btr. Sorgfaltspflicht des Verkäufers bei Inverkehrbringen einer Leiter, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 351, 387.

23. Sorgfaltspflicht des Käufers.

a) **RG.** 21. 9. 17, GruchotsBeitr. 62, 97, R. 17 Nr. 1792. Ob ein Fabrikant, der zur Herstellung seiner Erzeugnisse Waren gekauft, aber nicht geliefert erhalten hat und deshalb Schadensersatz fordern will, verpflichtet ist, sich die Ware anderweit zu verschaffen, läßt sich stets nur nach den Umständen des Falls entscheiden; maßgebend ist, daß er nach Treu und Glauben und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu handeln hat.

b) Darmstadt 2. 3. 17, HessRspr. 18, 65. Der Käufer braucht einen Deckungskauf so lange nicht vorzunehmen, als ihm gegen den Verkäufer noch der Erfüllungsanspruch zusteht und er diesen aufrecht erhält (**RG.** 83, 176).

c) **RG.** 2. 3. 17, R. 17, 224. Erklärt der Verkäufer bei Kriegsausbruch, daß die Lieferung voraussichtlich auf Schwierigkeiten stoßen werde, weil die Ware kaum mehr hereinkomme, und bietet er gleichzeitig an Stelle der verkauften Ware andere, die er damals beschaffen konnte, zur sofortigen Lieferung an, dann liegt ein Verschulden des Käufers nicht darin, daß er die Annahme der angebotenen Ersatzware abgelehnt hat, weil nach dem geschlossenen Vertrage erst später zu liefern war.

d) **RG.** 10. 11. 16, R. 17, 28. Der Käufer ist nicht verpflichtet, das Angebot des im Verzuge befindlichen und wegen Rohstoffsperre zur Lieferung der verkauften Ware unvermögenden Verkäufers anzunehmen, 30% des Gekauften in geringerer Ware und zu einem erhöhten Preise zu liefern.

24. Sorgfaltspflicht des Empfängers unbestellter Waren.

Cochlovius, Die Frage der Haftpflicht und des Versicherungsschutzes bei der Zusendung unbestellter Ware, KGBl. 17, 41. Der Empfänger unbestellter Ware darf diese nicht unpfleglich behandeln oder gar auf die Straße werfen, doch sind an seine Sorgfaltspflicht keine zu großen Anforderungen zu stellen.

25. Sorgfaltspflicht des Bankiers.

a) **RG.** 29. 9. 16, BayRpflZ. 17, 20, R. 17 Nr. 1010. Der Bankier ist auf Grund des Vertragsverhältnisses verpflichtet, das ihm vom Kunden entgegengebrachte Vertrauen zu rechtfertigen, den Kunden treu zu beraten und ihn über alle Umstände aufzuklären, die für seine Entschließung von Bedeutung sein können. Wieweit diese Pflicht im einzelnen geht, hängt wesentlich auch von der Person und den Verhältnissen des Kunden ab. Handelt es sich um einen einfachen Mann, bei dem eine genauere Kenntnis in bezug auf Börsengeschäfte nicht vorausgesetzt werden kann, und ist dessen gesamtes Vermögen nur gering, dann muß der Bankier den Kunden über die Gefahren des Börsenspiels aufklären und ihn vor dem Abschlusse solcher für ihn ungeeigneter Geschäfte warnen, und dies um so mehr, wenn es sich um Spekulationsgeschäfte handelt, die zu großen Umsätzen führen.

b) **RG.** 20. 1. 17, BankA. 16, 330, WarnE. 17, 177/80. Der Bankier, dem der Auftrag erteilt ist, zu Lasten des Auftraggebers einen Geldbetrag an einen Dritten zu zahlen, braucht regelmäßig die Geschäftsfähigkeit des Dritten nicht zu prüfen.

c) Siehe auch § 676 II 1.

26. Sorgfaltspflicht des Bankkunden.

a) **RG.** 25. 9. 17, SchlHolstAnz. 17, 259. Ist der Verkehr des Bankkunden mit der Bank so geregelt, daß der Kunde die von der Bank zur Verfügung gestellten Abhebungsformulare mit dem Betrag und seiner Unterschrift ausfüllt und die Bank auf Grund gleichzeitiger Vorlegung des ausgefüllten Abhebungsformulars und des die Ein- und Abzahlungen enthaltenden Kontobuchs des Kunden die Zahlungen leistet, dann gereicht es dem Kunden nicht zum Vorwurf, wenn er den Formularen und dem Kontobuch keine besonders hohe Bedeutung zumißt und eine sorgfältige Aufbewahrung durch Verschließen unterläßt. Die Formulare erlangen erst nach ihrer Ausfüllung den Charakter beweiserheblicher Urkunden und das Kontobuch enthält keinerlei Unterschriften über die abgehobenen Beträge (vgl. FDR. 15 II 26a).

b) Ebenso: Kiel 16. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 76.

27. Sorgfaltspflicht des Kaufmanns (Geschäftsmanns).

a) **RG.** 21. 11. 16, LeipzZ. 17, 743. Der Geschäftsverkehr eines großen Unternehmens muß derart angeordnet sein, daß er unter der durch den Krieg veranlaßten Änderung in der Besetzung eines Angestelltenpostens nicht leidet.

b) Celle 12. 3. 14, OLG. 34, 102. Ein Kaufmann handelt fahrlässig, wenn er demjenigen, der die Formulare ausgefüllt hat, von ihm als Aussteller unterzeichnete Wechsel zum Weitergeben aushändigt, bei denen an der Stelle, die für die ziffermäßige Angabe der Wechselsumme bestimmt ist, und an der Stelle im Text, wo diese Summe in Worten anzugeben ist, die Wechselsumme in der Weise eingefügt ist, daß zu beiden Seiten ein ausgiebiger Raum freibleibt, der jederzeit ohne Schwierigkeit so ausgefüllt werden kann, daß sich beliebig höhere Zahlen ergeben.

c) **RG.** 21. 11. 16, LeipzZ. 17, 743, R. 17 Nr. 1825. Ein Geschäfttreibender muß auf einem Postauftrage diejenige seiner Abteilungen, von der der Auftrag ausgeht, genau bezeichnen und ihren Sitz angeben. Es widerspricht den Gepflogenheiten eines ordnungsmäßigen Geschäftsverkehrs, dem Empfänger zuzumuten, erst aus Vermerken auf der Rückseite des Briefumschlags oder aus irgendwelchen Anlagen des Schreibens über die Person und die Wohnung des Absenders sich zu unterrichten. — Ein Geschäfttreibender muß über den Wechselverkehr eine sorgfältige Aufsicht führen.

d) KG. 4. 10. 16, KGBl. 17, 19. Der Inhaber eines Warenhauses, in dem der Verkauf der Waren und die Zahlung des Preises an getrennten Plätzen stattfinden, ist auf Grund des Kaufvertrags verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Bodenfläche des Raums, den der Käufer bis zur Zahlstelle zu durchschreiten hat, von Hindernissen frei ist und sich in begehbarer Beschaffenheit befindet, daß auch von den Seiten und von oben nicht Gegenstände, die Schaden anrichten können, hinausragen oder herabfallen.

28. Sorgfaltspflicht des Handlungsreisenden bei der Gepäckbesorgung.

Hamburg 14. 7. 15, OLG. 34, 407. Ein Handlungsreisender handelt in Ermangelung entgegenstehender Weisungen des Geschäftsherrn nicht fahrlässig, wenn er Gepäckstücke mit Waren des Dienstherrn dem ihm als zuverlässig bekannten Hausdiener des Gasthofs zum Transport auf den Bahnhof und Aufgabe desselben nach Lösung einer Fahrkarte übergibt, ohne persönliche Aufsicht auszuüben, und zwar regelmäßig auch dann, wenn es sich, wie der Hausdiener weiß, um Waren von besonders hohem Werte handelt.

29. Sorgfaltspflicht des Mäklers.

a) Posen 26. 1. 14, OLG. 34, 53 Anm. Soll bei dem in Aussicht genommenen Kaufvertrage der Käufer eine größere Summe anzahlen, dann ist der Mäkler verpflichtet, sich über die Vermögensverhältnisse des zuzuführenden Kauflustigen bei zuverlässigen Dritten zu erkundigen.

b) Hamburg 9. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 71. Der Mäkler hat ohne besondere Veranlassung die Leistungsfähigkeit der Gegenpartei nicht zu prüfen. Hat er von Umständen, die den Auftraggeber vom Geschäfte abhalten würden, positive Kenntnis, dann muß er diesem von ihnen Mitteilung machen.

c) Hamburg 11. 7. 16, OLG. 34, 9. Der den Grundstücksverkauf vermittelnde Mäkler ist zur selbständigen Nachprüfung der von dem Verkäufer gemachten Mieteaufgabe jedenfalls dann nicht verpflichtet, wenn die Mietverträge dem Käufer vorgelegt und die Mietverhältnisse zwischen diesem und dem Verkäufer besonders besprochen werden. Er braucht sich auch nicht darüber zu unterrichten, ob die Konzessionserteilung für die in dem Hause zu errichtende Wirtschaft aussichtsvoll oder aussichtslos ist, sondern darf den Angaben seines Auftraggebers zu diesem Punkte vertrauen.

30. Sorgfaltspflicht des Maschinenbesitzers.

RG. 3. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 189. Hat der Besitzer einer Dreschmaschine in dem mit einem Landmann abgeschlossenen Mietvertrage dem Mieter die Bestimmung darüber überlassen, ob die Arbeit wegen Gefahr durch Funkenflug einzustellen sei, und ist der Mieter

zur Entscheidung hierüber nicht geeignet, dann liegt schon in dem Abschlusse eines solchen Vertrags eine Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen, dem Maschinenbesitzer obliegenden Sorgfalt.

31. Sorgfaltspflicht des Landwirts.

a) **RG.** 30. 4. 17, R. 17 Nr. 1265. Dem kleinen Landwirt kann nicht zugemutet werden, ein wirtschaftlich durchaus zweckmäßiges und gerechtfertigtes Verfahren zu unterlassen, weil mit ihm eine weit entfernt liegende Gefahr verbunden ist. Deshalb handelt er nicht schuldhaft, wenn er das zum Beschlagen mitzunehmende dritte Pferd an der Rückseite des zweispännigen Wagens anstatt neben den Fahrpferden anbindet.

b) Colmar 23. 5. 16, ElsLothJZ. 17, 118. Der Landwirt, der Kenntnis davon hat, daß sein Heuboden seit längerer Zeit an drei Stellen durchbrochen ist, und daß der Dielenbelag des Bodens zum großen Teil stark wurmstichig ist, sich aber nicht veranlaßt sieht, für die Instandsetzung des Bodens zu sorgen, und andere Personen dort arbeiten läßt, macht sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig.

c) Kiel 24. 10. 16, OLG. 34, 114. Ein Landwirt braucht eine mit der Bauart der Stallungen und Scheunen der Gegend bekannte Person, wenn diese seine Tenne betreten will, nicht auf das Vorhandensein von in diese herabführende Stufen aufmerksam machen, falls die oberste Stufe noch sichtbar ist. Der Besucher darf vielmehr seinen Weg nicht fortsetzen, ohne sich davon überzeugt zu haben, ob unter der Stufe fester Boden ist.

32. Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers.

a) **RG.** 18. 9. 17; 90, 408, Pflicht zur Überwachung des baulichen Zustands der Arbeiterhäuser durch einen Sachverständigen (**RG.** 88, 433; 89, 122).

b) Kiel 25. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 113. Der Dienstgeber und Pflegevater eines fünfzehnjährigen Mädchens ist verpflichtet, die unverzügliche ärztliche Behandlung des Mädchens herbeizuführen, wenn dies einen Unfall dadurch erlitten hat, daß es beim Häckselschneiden mit einem Finger in das Messer der Maschine geraten ist.

c) Siehe auch bei § 618.

33. Sorgfaltspflicht des Theaterleiters.

a) München 5. 1. 15, OLG. 34, 110. Der Theaterleiter muß den Schauspieler über die Versenkungen genauestens unterrichten und ihn, wenn er von der Zwischenbühne aus durch eine Versenkung aufzutreten hat, in die Örtlichkeit einweihen, ihn nötigenfalls durch einen Ortskundigen führen lassen oder gegebenfalls einen in der Zwischenbühne vorhandenen Ausschnitt durch ein provisorisches Geländer anzeigen oder den Ausschnitt verdecken lassen.

b) Siehe auch § 618 II 1f.

34. Sorgfaltspflicht des Theatereigentümers.

a) München 5. 1. 15, OLG. 34, 110. Der Eigentümer eines Theaters braucht bauliche Schutzvorrichtungen, die sich mit dem Bühnenbetrieb nicht vertragen, nicht zu treffen. Insbesondere braucht eine Versenkung und ein durch den Boden der Zwischenbühne sich ziehender Ausschnitt, in dem ein Aufzug läuft, mit Sicherheitsvorrichtungen (festes Geländer) nicht versehen zu werden.

b) Colmar 19. 12. 16, ElsLothZ. 17, 355 (mangelhafte Sicherung eines Notausganges).

35. Sorgfaltspflicht des Zirkusunternehmers.

RG. 11. 7. 17, R. 17 Nr. 1623. Der Zirkusunternehmer wird von seiner Pflicht, für Maßregeln zum Schutze der körperlichen Unversehrtheit aller durch die Vorstellungen gefährdeten Personen zu sorgen, nicht dadurch befreit, daß sich diese Personen durch ihre Teilnahme an der Vorstellung selbst einer gewissen Gefahr aussetzen.

36. Sorgfaltspflicht des Unternehmers eines gewerblichen Betriebs.

a) **RG.** 26. 2. 17, R. 17 Nr. 1261, SchlHolstAnz. 17, 140. Wer ein Gewerbe öffentlich betreibt, hat auch die auf diese Ausübung bezüglichen polizeilichen Vorschriften zu beachten und daher zu kennen; er kann nicht jede Verpflichtung in dieser Beziehung dadurch ablehnen, daß er die Geschäfte durch einen tüchtigen und zuverlässigen Vertreter aus-

führen läßt. Das gilt jedenfalls von der Überwachung der Tätigkeit des Vertreters im allgemeinen und soweit sie nicht eigentlich fachmännischer Art ist (Freihaltung des Bürgersteiges von Verkehrshindernissen bzw. Beleuchtung von solchen in der Dunkelheit).

b) **RG.** 3. 7. 16 — JDR. 15 II 41a — btr. Sorgfaltspflicht des Unternehmers eines gewerblichen Betriebs bei Ausführung gewisser ihm obliegenden Aufsichtsverrichtungen, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 623.

c) Colmar 17. 5. 16, ElsLothJZ. 17, 114. Der Unternehmer muß mit der Erfahrung rechnen, daß der Angestellte, der das Auge des Herrn nicht über sich weiß, in seinen Verrichtungen lässig zu werden pflegt (JW. 09, 659). Deshalb ist er verpflichtet, die Verrichtungen seiner Angestellten zu überwachen und ihnen entsprechende Anweisungen zu geben (R. 05 Nr. 1855).

d) **RG.** 4. 10. 17, R. 17 Nr. 1967. Gestattet ein Werkbesitzer auch betriebsfremden Dritten den Verkehr an der Betriebsstätte, dann hat er seiner Sorgfaltspflicht nicht genügt, wenn die getroffenen Schutzmaßregeln nur für sachkundige Personen ausreichten.

37. Sorgfaltspflicht des Fabrikanten.

RG. 3. 7. 16, LeipzZ. 16, 1487. Der Fabrikant, der die Herstellung einer Ware einstellt, nachdem ein Dritter, für den ein Gebrauchsmuster eingetragen ist, ihn zur Einstellung der angeblich den Musterschutz verletzenden Herstellung der Ware aufgefordert hatte, und seine Bemühungen, den Dritten zu einer anderen Handlung zu bewegen, gescheitert waren, handelt nicht schuldhaft. Ob die von ihm angestellte Löschungsklage mit seinem Siege im Rechtsstreit enden werde, kann er nicht voraussehen, und deshalb wendet der Fabrikant die gebotene Vorsicht an, wenn er sich bis zur Entscheidung dem formalen Rechte des Dritten beugt.

38. Sorgfaltspflicht des Fuhrunternehmers.

RG. 3. 7. 16 — JDR. 15 II 40 zu § 276 —, btr. Sorgfaltspflicht des Fuhrunternehmers bei der Auswahl seiner Pferde, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 628, SeuffA. 72, 294.

39. Sorgfaltspflicht des Spediteurs.

Colmar 17. 5. 16, ElsLothJZ. 17, 114. Sache des Spediteurs, der die Verrichtungen bei einem Umzug nicht selbst leitet oder durch einen seiner oberen Angestellten leiten läßt, ist es, seinen Vertreter (Packer) mit solchen Anweisungen zu versehen, daß durch deren Befolgung Gefahren für andere vermieden werden.

40. Sorgfaltspflicht des Gastwirts.

a) München 13. 4. 14, OLG. 34, 107 Anm. Pflicht zur Belegung einer von der Vorhalle zu einem Sitzplatz auf einer erhöhten Estrade führenden glattpolierten Marmorstufe mit einem Teppich oder Läufer (vgl. JDR. 14 § 276 II 10).

b) **RG.** 24. 4. 17, BayRpflZ. 17, 254, LeipzZ. 17, 1065, R. 17 Nr. 1588. Art und Weise der Belegung der Treppenräume, insbesondere des Gangs zwischen zwei Treppen, mit Teppichen.

c) **RG.** 2. 5. 16, R. 17 Nr. 358. Pflicht, dafür zu sorgen, daß eine in dem Obergeschosse der Gastwirtschaft, in dem sich der Abort befindet, und das die Gäste und dritte Personen befugterweise betreten können, unmittelbar ins Freie führende Türe nicht geöffnet werden kann.

d) Karlsruhe 8. 1. 16 — JDR. 15 II 42f — btr. Pflicht zur Sicherung des Wegs zum Abort durch Beleuchtung zur Nachtzeit und nach Beendigung des Gastaufnahmevertrags infolge Feierabendbietens, abgedruckt auch: LeipzZ. 17, 288.

e) Rostock 15. 12. 15 — JDR. 15 II 42b — betr. Beleuchtung des vor einem Gasthofe befindlichen Geländes, abgedruckt auch: OLG. 34, 107.

f) **RG.** 14. 4. 16, R. 17 Nr. 391a. Verschulden des Gastwirts, der zuläßt, daß ein Kellner einen in Unordnung geratenen Speiseaufzug, dessen technische Einrichtung er nicht kennt, wieder in Ordnung zu bringen versucht, statt einen Sachverständigen zuzuziehen. Aber auch den Kellner trifft ein Verschulden, wenn er ohne Kenntnis der inneren Einrichtung die Arbeit ohne genauere Unterweisung eines Sachverständigen vornimmt,

also bei gehöriger Überlegung mit den Gefahren rechnen muß, die das bei der Arbeit notwendige Eingreifen in die unbekannte Einrichtung mit sich bringt. Das Verschulden des Gastwirts überwiegt jedoch.

41. Sorgfaltspflicht des Gasthofpförtners.

a) **RG.** 15. 12. 16, R. 17 Nr. 1589, WarnE. 17, 203. Pflicht des Gasthofpförtners ist es, sich davon zu überzeugen, ob in dem Wagen, mit dem der Gast zum Gasthof gefahren ist, keine Gepäckstücke zurückgeblieben sind.

b) Hamburg 2. 6. 16 — JDR. 15 II 43 — abgedruckt auch: OLG. 34, 67.

42. Sorgfaltspflicht bei Einstellung von Pferden bei einem Gastwirt.

Hamburg 9. 5. 15, OLG. 34, 68. Der ländliche Eigentümer eines von ihm bei einem Gastwirt eingestellten Pferdes hat, wenn er dessen Fütterung selbst zu besorgen übernimmt und nur durch ein in sein Belieben gestelltes Trinkgeld den Stalldiener belohnt, an Tagen großen Zudrangs sich persönlich im Stall um die Sicherheit seiner Pferde zu kümmern oder, wenn er dazu nicht in der Lage ist, den Stallmeister oder eine andere Person anzuhalten, dem Pferde aus diesem Grunde tunlichst eine besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

43. Sorgfaltspflicht des Stallbesitzers bei Aufnahme fremder Pferde.

KG. 19. 12. 16, KGBl. 17, 20. Derjenige, der ohne Gast- und Stallwirt zu sein, im Interesse seines Geschäfts den die Stadt besuchenden Landleuten die Unterbringung ihrer Pferde in seinem Stall gestattet, hat dafür zu sorgen, daß der Stall Vorrichtungen enthält, durch die die Beschädigung der Pferde durch gegenseitiges Schlagen verhindert wird.

44. Sorgfaltspflicht auf der Reise.

a) **RG.** 15. 12. 16, WarnE. 17, 203. Der auf Reisen Befindliche, der mit seinem Gepäck vor einem Gasthof vorfährt, muß beim Verlassen des Wagens für eine Verwahrung einer wertvolle Schmuckgegenstände enthaltenden Handtasche sorgen oder, wenn es sich um das Abladen des Gepäcks handelt, auf ihr Vorhandensein aufmerksam machen.

b) Hamburg 2. 6. 15 — JDR. 15 II 45 — btr. Behandlung einer Tasche mit Schmucksachen, abgedruckt auch: OLG. 34, 67.

45. Sorgfaltspflicht bei Bauarbeiten.

a) **RG.** 16. 11. 16, R. 17 Nr. 571, 613. Pflicht des Unternehmers von Abbruchsarbeiten hart an einem stark befahrenen Bahngleis, insbesondere auch bezüglich der Überwachung der Arbeiter.

b) Darmstadt 7. 6. 16, HessRspr. 18, 2. Überwachungspflicht des Unternehmers eines Baus und einer dazu gehörigen Feldbahn, der nicht an Ort und Stelle, sondern außerhalb wohnt und einem Vertreter die Leitung und Beaufsichtigung übertragen hat; Behandlung eines einige Tage auf einer ansteigenden Wiese stehen bleibenden Kippwagens.

46. Sorgfaltspflicht des Sacheigentümers.

a) **RG.** 20. 3. 17; 90, 65, LeipzZ. 17, 1052,. Jeder, der die Einwirkung seiner Sache auf den Körper eines anderen gestattet, hat die Pflicht, die von ihr diesem drohenden Gefahren mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln möglichst hintanzuhalten. Ist er dem anderen zu der gleichen Maßnahme auf Grund eines Vertrags noch besonders verbunden, dann wird dadurch jene allgemeine Rechtspflicht dem Vertragsgegner gegenüber nicht berührt.

b) **RG.** 23. 11. 16; 89, 120, JW. 17, 154, LeipzZ. 17, 260, R. 17 Nr. 50. Der Eigentümer muß dafür sorgen, daß durch den Gebrauch seiner Eigentumsgegenstände nicht Schaden für Dritte entsteht. Wo Eigentumsgegenstände so aufgestellt sind, daß der menschliche Verkehr mit ihnen in Berührung tritt, muß der Eigentümer auf den Verkehr Rücksicht nehmen und seine Einrichtungen so treffen, daß jene dem Verkehre nicht gefährlich werden.

c) **RG.** 27. 2. 17, R. 17 Nr. 616. Ist eine von dem Eigentümer getroffene, seiner Verfügung und Anordnung unterliegende Einrichtung durch ihre besondere Art, insbesondere durch ihre Zugänglichkeit für der Einsicht oder der vollen Einsicht ermangelnde Kinder, Dritten gefährlich, dann hat der Eigentümer diese Gefahr zu beseitigen, also die Einrichtung zu ändern. Daß eine solche Einrichtung auf dem Lande und in einfachen städtischen Verhältnissen vielfach üblich ist, schließt ein Verschulden nicht ohne weiteres aus;

es kommt darauf an, ob eine solche Üblichkeit nicht ein die notwendige Sorgfalt verabsäumender, aus Nachlässigkeit erwachsener Mißbrauch ist.

47. Sorgfaltspflicht des Kiesgrubenbesitzers.

RG. 29. 3. 17, R. 17 Nr. 1409. Der Kiesgrubeneigentümer, der diese Grube nicht zur Ausbeutung im ganzen verpachtet, sondern fuhrenweise an einzelne Abnehmer den von diesen selbst wegzugrabenden Kies verkauft, hat für die notwendigen Sicherheitsmaßnahmen in der Grube Sorge zu tragen, namentlich auch dann den gefahrdrohenden Überhang wegzuschaffen. Daß ein Hauptabnehmer sich zur Beseitigung dieses Abraums verpflichtet hat, enthebt den Eigentümer nicht der Sicherheitsfürsorge.

48. Sorgfaltspflicht des Hauseigentümers.

a) **RG.** 23. 4. 17, LeipzZ. 17, 1067, R. 17 Nr. 1817. Der Hauseigentümer hat zwar für die Sicherheit des Verkehrs in seinem Hause im allgemeinen zu sorgen. Aber für die Sicherheit eines darüber hinausgehenden Verkehrs, der lediglich durch die besonderen persönlichen, gesellschaftlichen oder gewerblichen Bedürfnisse oder Gepflogenheiten eines anderen hervorgerufen wird, hat er nicht einzustehen. Für die Sicherheit eines solchen Verkehrs hat lediglich dieser andere zu sorgen, z. B. der Gastwirt, der im Hause Wirtschaftsräume gemietet hat, und der den Gastverkehr über die Grenze des allgemeinen Hausverkehrs hinaus bis in die Nacht andauern läßt.

b) Colmar 2. 2. 16, ElſLothJZ. 17, 26. Der Hausbesitzer kann zwar zunächst nicht mehr tun, als die Herstellung der Treppe und ihre Einfügung in das Gebäude einem zuverlässigen Fachmanne zu übertragen. Demnächst muß er sie aber von Zeit zu Zeit in bezug auf ihren bausicheren Bestand einer sachkundigen Prüfung unterziehen lassen. Daraus, daß im Laufe von etwa 25 Jahren nicht entdeckt worden ist, daß die Treppe mangelhaft in das Gebäude eingefügt war, folgt, daß die dem Hausbesitzer obliegenden Pflichten nicht erfüllt worden sind.

c) **RG.** 8. 6. 16, R. 17 Nr. 1257. Der Hauseigentümer genügt seiner Sorgfaltspflicht, wenn er für künstliche Beleuchtung einer den Hausbewohnern dienenden, durch Tageslicht nicht genügend erhellten Treppe sorgt. Von den Hausbewohnern und ihren etwaigen Besuchern darf der Hauseigentümer voraussetzen, daß sie sich mit den vorhandenen Einrichtungen vertraut machen und diese benutzen werden.

d) **RG.** 19. 10. 16, R. 17 Nr. 179. Der Hausbesitzer hat dafür zu sorgen, daß die Treppe stets rechtzeitig beleuchtet ist. Er muß die Beleuchtung früher eintreten lassen, als es von dem Elektrizitätswerk aus im allgemeinen nach der normalen Zeit der Dämmerung geschieht, wenn die örtlichen Verhältnisse der Treppe bei trüber Witterung eine frühere Einschaltung des Lichts erforderlich machen.

e) Rostock 11. 5. 16, OLG. 34, 106. Verpflichtungen bei Übertragung der Beleuchtungspflicht an das städtische Elektrizitätswerk und an andere Personen.

f) Wegen der Art und Weise der Belegung der Treppenräume und des Ganges zwischen zwei Treppen: siehe oben II 40b.

g) **RG.** 6. 2. 17, R. 17 Nr. 594. Der Vermieter hat Flure, Treppen und andere gemeinschaftliche Hausteile, die dem Mieter zwecks Ausübung seines Mietsrechts zur Verfügung stehen und von ihm begangen werden müssen, in einem Zustande zu erhalten, der eine Gefährdung des Mieters bei ihrer vertraglichen Benutzung ausschließt, und er muß sich jeder Handlung oder Anlage enthalten, die eine solche Gefährdung herbeizuführen geeignet ist. Deshalb darf er auf einem dunklen Flur Bretter, die er für einen am nächsten Tage zu beginnenden Umbau braucht, nicht aufstapeln lassen, sondern muß Anordnungen über ihre gefahrlose anderweite Unterbringung treffen. Will er die Bretter aber doch auf dem Flur liegen lassen, dann muß er den Mietern wenigstens von der Aufstapelung Mitteilung machen und sie über die gewöhnliche Zeit hinaus beleuchten.

h) **RG.** 23. 11. 16; 89, 120, JW. 17, 154, LeipzZ. 17, 260, R. 17 Nr. 50. Pflicht des Hausbesitzers, nach Erweiterung des Bürgersteigs durch Wegfall der Vorgärten das jetzt für die Allgemeinheit gefährliche Gitter des Vorgartens abzuändern.

i) **RG.** 4. 1. 17, R. 17 Nr. 1408. Der Hausbesitzer muß bei Glatteis auch vereinzelte glatte Stellen des Bürgersteigs bestreuen, falls sonst der Zugang zu dem Hause, wenn auch nicht der Weg auf dem Bürgersteig als solchem, gefährdet ist (siehe auch II 67).

k) **RG.** 4. 1. (19. 3.) 17, LeipzZ. 17, 1068, R. 17 Nr. 1411. Der Hausbesitzer, der die Reinigung des Bürgersteigs einem Reinigungsinstitut übertragen hat, ist zu einer unausgesetzten Beaufsichtigung desselben, die der Übertragung jeden sachlichen Wert nähme, nicht verpflichtet. Wenn er aber nicht selbst in dem Hause wohnt oder dort einen Hausmeister oder eine andere Persönlichkeit bestellt hat, die sich im Bedarfsfalle um das Streuen kümmern kann, hat er sonst ausreichend Fürsorge zu treffen, daß er von plötzlich eintretender Glätte und dem Ausbleiben der Leute des Reinigungsinstituts rechtzeitig benachrichtigt wird.

l) **RG.** 28. 10. 16; 89, 46/52, R. 17 Nr. 15. Der Hauseigentümer, der von einem Dritten berechtigterweise, aber vergeblich die Zahlung der Feuerversicherungsprämie an die Versicherungsgesellschaft verlangt hat, darf das Haus nicht unversichert lassen.

49. Sorgfaltspflicht des Vermieters.

a) **RG.** 5. 1. 17, R. 17 Nr. 177. Der Vermieter, der von dem Räumungsurteile Gebrauch macht, das er gegen den Mieter wegen nicht rechtzeitiger Zahlung des Mietszinses erwirkt hat, befindet sich in seinem Rechte. Er ist nicht verpflichtet, den durch Mietausfall ihm entstehenden Schaden auf eine Weise abzuwenden, die einen Verzicht auf dies urteilmäßige Recht bedeutet. Deshalb handelt er nicht schuldhaft, wenn er das Angebot der Tochter des Mieters, das Mietverhältnis mit dem Mieter unter ihrer Bürgschaft gegen Hinterlegung des Mietzinses fortzusetzen, ablehnt, es sei denn, daß er dies lediglich zu dem Zwecke tut, dem Mieter Schaden zuzufügen.

b) Siehe auch II 48.

50. Sorgfaltspflicht des Mieters.

a) **RG.** 6. 2. 17, LeipzZ. 17, 1051. Ein Verschulden des Mieters liegt nicht darin, daß er, nachdem er Abhilfe wiederholt von dem Vermieter gefordert und zugesagt erhalten hatte, sich nochmals vertrösten läßt und nicht mit allen gesetzlichen Mitteln gegen den Vermieter vorgeht.

b) **RG.** 20. 3. 17, LeipzZ. 17, 1051. Ein Verschulden des Mieters ist nicht darin zu finden, daß er nicht sofort zu dem ersten zulässigen Termin kündigt, wenn der Vermieter die Änderung der als gefährlich bezeichneten Treppe hinausschiebt.

c) **RG.** 28. 4. 16 — JDR. 15 II 56 zu 276 — btr. Unterlassung der Kündigung durch den Mieter bei ordnungswidriger Beschaffenheit der Mietwohnung, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 352.

d) LG. Halle 18. 10. 17, NaumburgAK. 17, 49. Zu den Obhutspflichten des Mieters einer Wohnung mit Zentralheizung gehört es, bei eintretendem Frost entweder so stark zu heizen, daß das Wasser in den Heizkörpern nicht einfrieren kann oder das Wasser aus den Röhren abzulassen. Daß er so zu verfahren hat, muß der Mieter wissen.

e) **RG.** 16. 2. 17, JW. 17, 461, LeipzZ. 17, 920, R. 17 Nr. 567. Darin, daß der Mieter bei einem in dem Mietshause entstandenen Wasserrohrbruch zu dem außerhalb des Hauses befindlichen Wasserhahn auf glitschigem und abschüssigem Wege in später Abendstunde eilt, also seine Schritte mehr beschleunigt, als es der Beschaffenheit des Wegs nach zweckmäßig ist, kann ein Verschulden nicht gefunden werden.

51. Sorgfaltspflicht des Ladenbesitzers.

a) **RG.** 12. 2. 17, R. 17 Nr. 1232. Pflicht, bei Schnee- und schlüpfrigem Wetter der Gefahr, die durch das Herumtragen von Schnee und Schmutz und die dadurch hervorgerufene Glätte für die Ladenbesucher entsteht, tunlichst vorzubeugen. Einzelheiten über das erforderliche Verhalten.

b) Hamburg 24. 11. 16, OLG. 34, 112, R. 17 Nr. 389. Dieselbe Pflicht.

c) Kiel 12. 12. 16, OLG. 34, 113, SchlHolstAnz. 17, 139. Dieselbe Pflicht und die weitere, den Verkaufsraum von ein Ausgleiten ermöglichenden Abfallbrocken freizuhalten.

52. Sorgfaltspflicht der Eisenbahnverwaltung.

a) **RG.** 24. 5. 17, WarnE. 17, 279. Wenn die Eisenbahnverwaltung, die sich infolge des Anwachsens des Verkehrs zu einer Neuanlage des Bahnhofs entschließt, trotz der Verzögerung derselben wegen Enteignungsschwierigkeiten es bei dem alten nicht mehr ausreichenden Zustand, insbesondere dem zu kurzen Bahnsteige, zunächst beläßt, so liegt darin eine Verletzung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt nicht, es sei denn, daß eine besondere Dringlichkeit schon eine vorzeitige Beseitigung des Mangels durch eine nur für die Zwischenzeit bis zur Vollendung der Neuanlage bestimmte Maßregel erheischt.

b) Hamburg 4. 4. 17, LeipzZ. 17, 1195. Pflicht zur Instandhaltung des vom Bahnhofe auf die öffentliche Straße führenden Wegs.

c) **RG.** 10. 11. 16, HessRspr. 17, 292, betr. Anbringung eines Kratzeisens am Bahnhofseingang.

d) **RG.** 24. 5. 17, WarnE. 17, 379. Pflicht zur Beleuchtung der Verlängerungsstrecke des Bahnsteigs, wenn die Eisenbahnzüge mit ihrem vorderen Teil gelegentlich über den kurzen Bahnsteig hinausfahren, und dann jenseits des Bahnsteigs ausgestiegen wird.

e) **RG.** 16. 4. 17, R. 17 Nr. 1410. Pflicht zur Beleuchtung einer Haltestelle, die nur durch eine Wartehalle gekennzeichnet ist, und die nicht durch einen dort angestellten Beamten, sondern vom Personal der verkehrenden Züge bedient wird.

f) Rostock 14. 5. 17, MecklZ. 35, 378. Überaus gewaltsames Rangieren eines mit Pferden beladenen Eisenbahnwagens.

g) Colmar 30. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 278, SeuffA. 72, 66. Pflicht zur möglichst ungesäumten Beförderung von Sachen, die bei ihrer natürlichen Beschaffenheit der Gefahr des Verderbens ausgesetzt sind. Doch braucht mit der fahrplanmäßigen Abfertigung eines Zugs nicht unter allen Umständen bis zu dem angekündigten Eintreffen eines Wagens mit lebenden Fischen mit einem anderen Zuge gewartet zu werden.

h) Königsberg 14. 10. 16, OLG. 34, 389, PosMSchr. 16, 121. Pflicht zu den Maßnahmen, die zur Abwendung der aus dem längeren Aufenthalte eines Transports lebender Fische auf dem Bahnhofe für diese sich ergebenden Gefahr notwendig sind, falls die sofortige Weiterbeförderung untunlich ist.

i) **RG.** 9. 3. 16, R. 16 Nr. 2091. Pflicht zur Ergreifung der nötigen Sicherungsmaßregeln oder Anregung derselben bei der zuständigen Stelle und zur einstweiligen Aufschiebung der Arbeit, wenn infolge von gefährlichen Bahnarbeiten der Verkehr auf einem über die Gleise führenden öffentlichen Wege gefährdet wird.

k) **RG.** 19. 10. 16 — JDR. 15 § 276 II 59d — btr. Pflicht der Eisenbahn zur Sorge für die ordnungsmäßige Einrichtung der Transportmittel, abgedruckt auch: R. 17 Nr. 190, 191.

53. Sorgfaltspflicht des Bahnmeisters.

RG. 24. 5. 17, WarnE. 17, 379. Die Sorge für die Verkehrssicherheit auf dem Bahnhofe liegt dem Bahnhofsvorsteher, nicht dem Bahnmeister ob. Wenn dieser jenseits des Bahnsteigs an einer Stelle, die zum Aussteigen benutzt wird, falls der Eisenbahnzug infolge seiner Länge mit dem vorderen Teil über den Bahnsteig hinaus fährt, in alt hergebrachter Weise Schwellen aufstapeln läßt, dann handelt er nicht schuldhaft, sofern ihm die Lagerung der Schwellen an jenem Platze nicht etwa von seiner vorgesetzten Dienstbehörde untersagt war.

54. Sorgfaltspflicht des Eisenbahnfahrgasts.

a) Kiel 11. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 194. Kein zu nahes Herantreten an das erste Gleis beim Einfahren des Zugs, auch wenn dieser früher auf dem zweiten Gleis eingefahren ist. Im Eisenbahnverkehre müssen die Reisenden sich in erster Linie auf ihre Augen, nicht auf Mutmaßungen verlassen, die der Wirklichkeit nicht zu entsprechen brauchen (JW. 05, 170).

b) **RG.** 15. 2. 17, R. 17 Nr. 710. Keine Verpflichtung des Fahrgasts 4. Klasse, während der Fahrt stets einen Sitzplatz einzunehmen.

55. Sorgfaltspflicht des Abholers eines Eisenbahnwaggons.

RG. 30. 11. 16, R. 17 Nr. 711, WarnE. 17, 62. Der Arbeiter einer Fabrik, der beauftragt ist, einen auf dem Güterbahnhof stehenden Waggon über das Anschlußgeleise nach der Fabrik zu bringen, darf ohne weitere Erkundigung nicht in den engen Zwischenraum zwischen dem letzten Wagen des Rangierzugs und dem abzuschiebenden Wagen treten und sich gegen die Puffer des letzteren stemmen, obwohl hinsichtlich der von ihm nicht zu übersehenden Reihe der anderen Wagen die Möglichkeit besteht, daß sie infolge einer Rangierbewegung in Bewegung gesetzt werden.

56. Sorgfaltspflicht bei der Überschreitung der Bahngleise.

RG. 4. 4. 17, R. 17 Nr. 1385. Ohne nähere Begründung aus besonderen Verhältnissen kann der Ortseingesessene nicht für verpflichtet gelten, den örtlichen Fahrplan der Eisenbahnen im Kopfe zu haben.

57. Sorgfaltspflicht beim Verkehr auf der Straßenbahn.

a) Colmar 13. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 252. Abspringen von dem elektrischen Straßenbahnzug, nachdem dieser sich wieder in Bewegung gesetzt hat, stellt sich als Verschulden des Fahrgasts dar.

b) Hamburg 7. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 251. Eine Dame braucht bei dem Verlassen eines Straßenbahnwagens ihren Kleiderrock, wenn dieser nicht von außergewöhnlicher Weite und Länge ist, nicht aufzuraffen.

c) Hamburg 21. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 94. Den Fahrgast einer Straßenbahn trifft kein Verschulden, wenn er auf der Plattform des Wagens stehend sich an der äußeren Seitenstange festhält oder den Arm um diese schlingt, wenigstens dann nicht, wenn er beim Festhalten seinen Arm nicht in den Luftraum außerhalb des Wagens hinausstreckt.

d) **RG.** 19. 3. 17, WarnE. 17, 229. Den Fahrgast einer Straßenbahn, der sich unwohl fühlt und aussteigen will, deshalb den nur auf einer Seite durch eine Umschließung gesicherten Vorderperron betritt, um den Wagenführer zum Anhalten zu veranlassen, dann aber ohnmächtig wird und an der ungesicherten Seite vom Wagen fällt, trifft kein Verschulden, wenn er ohne klares Bewußtsein dessen, was er tut, sich auf die gefährliche Seite gestellt hat. Stellt er sich aber bewußt dorthin, dann liegt ein Verschulden nur vor, wenn er mit einer bevorstehenden Ohnmacht oder sonst einem Anfall von Schwäche rechnen muß, der die Gefahr des Absturzes nahelegt.

58. Sorgfaltspflicht des Kanallotsen.

Kiel 7. 3. 16, OLG. 34, 133. In der Nähe einer zu durchfahrenden Weiche darf der Kanallotse seinen Posten auch nicht auf kurze Zeit und jedenfalls nicht ohne dringende Notwendigkeit verlassen, keinesfalls darf er an einem solchen Gefahrpunkt einen im jugendlichen Alter stehenden Schiffsjungen mit seiner Vertretung betrauen.

59. Sorgfaltspflicht des Schiffers.

a) **RG.** 11. 12. 15, HansRZ. 1, 33. Betrifft Verhalten des Schlepperführers bei ungünstigen Strom- und Wetterverhältnissen und seine Verpflichtung, beim Passieren anderer Dampfer die üblichen Warnungssignale zu geben.

b) Hamburg 4. 4. 17, HansRZ. 1, 35. Wenn die notwendigen nautischen Instrumente nicht in Ordnung sind, so gereicht dies stets dem Schiffer zum Verschulden, auch bei kleinen Schleppern auf der Elbe.

c) **RG.** 18. 11. 16, R. 17, 74. Den Schiffer eines am 1. 8. 14 in Kalkutta liegenden deutschen Dampfers kann der Vorwurf schuldhaften Vorgehens nicht deshalb treffen, weil er die Pflicht, nach Ausbruch eines Kriegs einen neutralen Hafen anzulaufen, dahin verstand, daß ein zweifellos neutral bleibender (holländischer) einem nur augenblicklich noch neutralen (englischen) Hafen vorzuziehen sei.

60. Sorgfaltspflicht des Fuhrmanns.

a) Dresden 27. 5. 15, OLG. 34, 125. Der Fuhrmann muß die Zugleine straff halten, so daß sie nicht in das Rad des Wagens geraten kann.

b) **RG.** 14. 5. 17, R. 17 Nr. 1723. Der Lenker eines Pferdefuhrwerks ist nicht ver-

pflichtet, bereits bei dem Hören des Warnungssignals eines Kraftwagens abzusteigen und das in der Regel nur wenig ängstliche Pferd am Kopfe zu halten, ehe er den Kraftwagen selbst erblickt.

c) **RG.** 21. (26.) 6. 16, ElsLothJZ. 17, 349, R. 17, Nr. 1824. Auf öffentlichen Straßen innerhalb der Ortschaften dürfen auch ruhige Pferde mit dem Wagen nicht ohne jede Aufsicht oder sonstige Sicherungsmaßregeln sich selbst überlassen werden. Ist auch nicht in allen Fällen Bewachung des Pferdes durch eine besondere Aufsichtsperson geboten, so dürfen doch Sicherungsmaßnahmen, die den Umständen nach möglich sind (Absträngen, Anbinden der Zügel am Wagen), nicht unterlassen werden.

61. Sorgfaltspflicht des Tierbesitzers.

a) München 20. 10. 14, OLG. 34, 124 Anm. Der Pferdebesitzer, der die Untugend seines Pferdes kennt, nach fremden Personen zu schnappen und diese anzupacken, muß die Gefahr der Verletzung Dritter durch Anlegen eines Beißkorbs, Anbringung einer festen Schlinge oder dgl. beseitigen.

b) LG. Frankfurt a. O. 18. 10. 17, KGBl. 17, 87. Sorge für Beaufsichtigung eines einem Hufschmied zum Beschlagen zugeführten Pferdes während der Abwesenheit des Besitzers.

c) **RG.** 18. 12. 16, R. 17 Nr. 627. Der Besitzer eines großen und kräftigen Hundes muß Maßregeln treffen, um zu verhüten, daß das Tier nicht fremde Personen angreift. Muß er erwarten, daß fremde Kinder seinen Hof betreten, auf dem der Hund sich aufhält, dann hat er besondere Fürsorge darauf zu verwenden, daß den Kindern durch ihn kein Schaden geschieht; mindestens muß er den Hund mit einem Maulkorbe versehen.

d) Dresden 27. 5. 15, OLG. 34, 125. Der Besitzer eines großen Hundes, der vorüberfahrendes Fuhrwerk und vorübergehende Menschen anzubellen pflegt, muß entweder das Freilaufenlassen des Hundes verhindern oder dafür sorgen, daß er nicht ohne weiteres von dem Anwesen auf die Straße gelangen kann.

62. Sorgfaltspflicht des Kraftwagenhalters.

a) **RG.** 13. 11. 16, R. 17, Nr. 570, WarnE. 17, 38. Pflicht zur Kenntnis der der Verkehrssicherheit dienenden polizeilichen Vorschriften und zum Einschreiten bei vorschriftswidrigem Fahren des Wagenführers.

b) Ähnlich: München 20. 5. 15, OLG. 34, 149. Den Mechanismus des Wagens und dessen Handhabung braucht der Kraftwagenhalter nicht zu verstehen. Aber er muß sich davon überzeugen, ob der von ihm angestellte Führer die erforderlichen körperlichen, geistigen und moralischen Eigenschaften besitzt, und ihn, insbesondere den neu eingetretenen und mit der Örtlichkeit noch nicht vertrauten Führer, angemessen beaufsichtigen und ihm besondere Weisungen erteilen.

c) Hamburg 10. 12. 14, OLG. 34, 147. Der Kraftwagenbesitzer hat, wenn der Wagen sehr schnell fährt, den Führer auf ein vorsichtiges Fahren hinzuweisen.

d) **RG.** 19. 10. 16, BayersZ. 24, 205, JW. 17, 43, LeipzZ. 17, 334, R. 17 Nr. 619, WarnE. 17, 125. Verhalten gegenüber dem Wagenführer, wenn der Kraftwagen mit einer Auspuffklappe versehen ist.

63. Sorgfaltspflicht des Kraftwagenführers.

a) Colmar 17. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 104. Der Kraftwagenführer muß der Wegestrecke die nach der Sachlage gebotene Aufmerksamkeit zuwenden. Er muß bei dem Fahren durch ein Dorf mit der allgemeinen Unsitte der Bauern rechnen, allerlei Gegenstände auf der Straße vor ihren Häusern stehen zu lassen, und darf daher nicht zu nahe am Straßenrand fahren.

b) Hamburg 5. 6. 16, OLG. 34, 145. Der Kraftwagenführer muß stets damit rechnen, daß hinter einem stillstehenden Wagen, an dem er vorüberfährt, plötzlich ein Hindernis auftauchen kann. Dabei darf er nicht nur an vorsichtig schreitende, besonnene Erwachsene denken, sondern hat auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß etwa spielende Kinder blindlings hinter dem Wagen herlaufen können. Deshalb muß er jedenfalls dann ein War-

nungszeichen geben, wenn er an dem Wagen nicht so langsam vorbeifährt, daß er sein Fahrzeug unter allen Umständen noch rechtzeitig zum Halten bringen kann.

c) **RG.** 16. 4. 17; 90, 157/60, LeipzZ. 17, 1328. Der mit der Führung eines Kraftwagens Betraute, der die Führung einem anderen abgegeben und neben diesem Platz genommen hat, muß, wenn er die Gefahr eines Zusammenstoßes erkennt und die Fehler des Führers erkennt, einzugreifen und die Gefahr abwenden, soweit er dazu in der Lage ist. Es gelten für ihn die Grundsätze, die für den Kraftwagenbesitzer gelten, der die Fahrt mitmacht (WarnE. 11, 35; 13, 262; 15, 21.)

64. Sorgfaltspflicht des Teilnehmers an einer Kraftwagenfahrt.

Colmar 17. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 104. Schon die Teilnahme an einer nächtlichen Kraftwagenfahrt bei „fideler Stimmung" der Beteiligten stellt sich als Verschulden des Teilnehmers dar. Ein solches liegt aber auch darin, daß er als Nachbar des Führers während der Fahrt durch sein Singen und anderes auffälliges Verhalten dessen Aufmerksamkeit vom Wege ablenkt.

65. Sorgfaltspflicht des Radfahrers.

RG. 18. 12. 16, R. 17 Nr. 573. Der Radfahrer darf das vorgeschriebene Klingeln an einer Straßenkreuzung nicht deshalb unterlassen, weil ein in der Querstraße jenseits der Ecke fahrender Radfahrer bereits seinerseits geklingelt hat.

66. Sorgfaltspflicht der Gemeinde (städtisches Bauamt) bezüglich der Verkehrssicherheit.

a) **RG.** 27. 11. 16; 89, 136, JW. 17, 155, R. 17 Nr. 51. Die zur Obsorge für die Verkehrssicherheit der Straßen und Wege verpflichtete Gemeinde genügt ihrer Verpflichtung nicht durch die Bestellung geeigneter Beamter, sondern sie hat außerdem die geeigneten Anordnungen zu treffen, um die regelmäßige Unterhaltung und Beaufsichtigung des Straßenwesens zu gewährleisten, und weiter den Vollzug, die Angemessenheit und das Zureichen jener Anordnungen fortlaufend zu erproben und sicherzustellen, indem sie die Organisation und Amtstätigkeit der dafür bestellten Beamten und Bediensteten im allgemeinen überwacht. Diese Obliegenheiten wahrzunehmen, ist Sache der verfassungsmäßigen Vertreter der Gemeinde.

b) **RG.** 26. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 140. Die Stadtgemeinde ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß keine Vorrichtungen auf den öffentlichen Straßen getroffen werden, durch die der Verkehr gefährdet wird, und sie hat diese Verpflichtung dadurch zu erfüllen, daß sie von Zeit zu Zeit diese Straßen auf ihren verkehrssicheren Zustand prüft.

c) **RG.** 20. 11. 16, R. 17 Nr. 199. Handelt es sich um eine neue in die Augen springende Beschädigung der Straße oder sonst ein sinnfälliges den Verkehr gefährdendes Hindernis, dann darf das städtische Bauamt es der Polizei überlassen, Abhilfe zu schaffen. Bei einem mit dem Abtreten des Pflasters und durch das Abwasser sich allmählich entwickelnden und stetig verstärkenden Übelstand, der von den Schutzleuten infolge der Gewöhnung übersehen werden kann, ist dagegen die Bestellung der Polizei zur Überwachung unzulänglich; es muß vielmehr Nachschau durch einen technischen Beamten gehalten werden, dessen geübtem Blick auch ein solcher Mangel nicht entgehen kann.

d) **RG.** 26. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 140. Die Stadtgemeinde hat als Bauherrin, auch wenn ihr gegenüber der Unternehmer die Erfüllung der polizeilichen Vorschriften übernommen hat, für die Sicherheit des Verkehrs auf den öffentlichen Straßen zu sorgen, und sie darf diese Verpflichtung nicht auf den Unternehmer abwälzen; sie hat durch regelmäßige, namentlich abendliche Kontrolle sich zu überzeugen, daß nichts versäumt wird. Diese Verpflichtung erfüllt sie nicht schon dadurch, daß sie einen tüchtigen Stadtbaumeister bestellt, sondern sie hat auch bei kleinen Verhältnissen selbst — d. h. ihr verfassungsmäßiger Vertreter — von Zeit zu Zeit nach dem Rechten zu sehen.

e) **RG.** 22. 3. 17, LeipzZ. 17, 1067. Die Verpflichtung der Stadtgemeinde, für die Sicherheit des Verkehrs auf den Straßen, die sie der öffentlichen Benutzung übergeben hat, zu sorgen, erstreckt sich auch auf einen bei einem Neubau auf polizeiliche Anordnung

hergestellten Notsteig, der einen Teil der Straße bildet. Die Gemeinde muß darüber wachen, daß der Notsteig die erforderliche Stärke besitzt, um den Einwirkungen des Verkehrs zu widerstehen, daß er im Falle einer Beschädigung ungesäumt instand gesetzt und daß in der Zwischenzeit der Verkehr in geeigneter Weise gesichert wird.

f) Kiel 19. 10. 16, OLG. 34, 114. Verpflichtung, die mit Öl beschmutzten Haltestellen der Kraftwagen reinigen oder bestreuen zu lassen, wobei hierfür ein gewisser zeitlicher Spielraum zu gewähren ist. Dies gilt ganz besonders für die Kriegszeit mit ihrer Einschränkung der Arbeitskräfte.

g) **RG.** 6. 11. 16, R. 17 Nr. 205. Verpflichtung zur sicheren Einrichtung und Befestigung einer in einer öffentlichen Anlage aufgestellten mit Reliefstücken verzierten Ruhebank.

h) Stuttgart 6. 2. 17, R. 17 Nr. 618. Eine kleine Gemeinde ist nicht verpflichtet, eine mit Geländer versehene Brücke, die im Zuge der Ortsstraße liegt, nachts nach 10 Uhr zu beleuchten. **RG.** 55, 24 steht nicht entgegen.

i) Oertmann, PrVerwBl. 38, 691. Bei dem Diebstahl aus einem Kühlhause haftet die Gemeinde dem Geschädigten, wenn sie die Fenster eines Gelasses, in dem wertvolle Gegenstände lagern, nicht mit Eisengittern versehen läßt.

67. Sorgfaltspflicht des Streupflichtigen.

a) **RG.** 22. 5. 17, LeipzZ. 17, 1340, R. 17 Nr. 1260. Ein Verschulden des Streupflichtigen kann nicht schon mit der Erwägung verneint werden, daß ein Streuen auf dem glatt gefrorenen Boden während des Schneefalls völlig zwecklos gewesen wäre, da die abstumpfende Wirkung des Streumaterials durch den nachfallenden Schnee sogleich wieder beseitigt sein würde. Beseitigung der Frostglätte auf andere Weise, z. B. durch Aufhacken, kann unter Umständen geboten sein.

b) **RG.** 19. 3. (4. 4.) 17, LeipzZ. 17, 1068, R. 17 Nr. 1413. Für das Verschulden eines Streupflichtigen ist es von Bedeutung, ob das von ihm beauftragte Reinigungsinstitut die polizeiliche Zustimmung gefunden hat.

c) **RG.** 3. 5. 17, HessRspr. 18, 112. Der Gesichtspunkt, daß an die Bewohner einer verkehrsarmen, ländlichen Gemeinde hinsichtlich der Streupflicht nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden, wie in Städten, kann nur Platz greifen, wo kein Schutzgesetz erlassen ist, das Maß und Umfang der von den Bewohnern aufzuwendenden Sorgfalt bestimmt. Ist ein solches Schutzgesetz erlassen, so muß es befolgt werden, selbst wenn es ein Zuviel verlangen sollte. Auslegung einer polizeilichen Vorschrift über Glatteis. Unter Glatteis ist nicht nur das Glatteis im meteorologischen Sinne zu verstehen, sondern auch solches, das entsteht, wenn die Straßen, ohne daß sich eigentliches Glatteis im engeren Sinne gebildet hat, infolge des Frostes glatt und deshalb schwer zu begehen sind.

d) KG. (Strafs.) 14. 8. 17, R. 17, 536. Die Bestimmung, daß bei „starkem Schneefall" der Schnee zu beseitigen ist, ist nicht zu beanstanden, dieselbe ist genügend bestimmt, so daß der Hausbesitzer vernünftigerweise wissen kann, wann seine Verpflichtung gegeben ist.

e) Siehe auch II 48 i, k.

68. Sorgfaltspflicht bei der Benutzung der Straße.

a) Hamburg 27. 4. 15, OLG. 34, 122. Denjenigen, der mit polizeilicher Erlaubnis einen Wagen auf der Straße stehen läßt und für die Beleuchtung entsprechend der ihm von der Polizei erteilten Anweisung sorgt, trifft kein Verschulden, auch wenn die Beleuchtung tatsächlich nicht ausreicht.

b) Braunschweig 4. 6. 15, OLG. 34, 100. Wer mit Rücksicht auf die Schneelage anordnet, daß Lastkraftwagen mit Kettenumwicklung fahren, handelt fahrlässig; er muß wissen, daß diese die Straße beschädigen kann. Lassen sich die Fahrten bei Schnee ohne die Umwicklung nicht machen, dann müssen sie unterbleiben.

69. Sorgfaltspflicht bei dem Verkehr auf der Straße.

a) **RG.** 3. 7. 16 — JDR. 15 II 66b —. Hindurchgehen zwischen zwei Pferden, abgedruckt auch: SeuffA. 72, 294.

b) **RG.** 22. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 784, LeipzZ. 17, 1340, R. 17 Nr. 1233. Es kann niemand zum Vorwurf gemacht werden, wenn er auch bei Schneegestöber seinen beruflichen oder wirtschaftlichen Pflichten nachgeht. Keine Art von Schuhzeug und insbesondere von Filzschuhen bewährt sich als zuverlässigen Schutz gegen das Fallen bei Schneeglätte so und ist derart als solches Schutzmittel bekannt, daß der Nichtgebrauch solchen Schuhzeugs bei Schneefall als ein schuldhaftes Verhalten angesehen werden könnte.

70. Sorgfaltspflicht beim Verkehr in fremden Häusern.

a) **RG.** 8. 3. 17, R. 17 Nr. 617, 817. Ein noch im Bau begriffenes Haus oder dessen Vorraum ist kein Dritter zu betreten befugt, wenn ihm der Eigentümer hierzu nicht die Erlaubnis erteilt. In der Anzeige an den Fenstern, daß das Haus zu vermieten sei, liegt keine Aufforderung zur Besichtigung des Hauses im Innern durch Wohnungsuchende.

b) Rostock 11. 5. 16, OLG. 34, 106. Derjenige, der in einem fremden Hause eine Treppe wegen der Dunkelheit nicht zu übersehen vermag, handelt nur dann fahrlässig, wenn er, trotzdem er von der näheren Beschaffenheit der Treppe im Augenblick keine bestimmte Vorstellung hat, ohne irgendwelche Vorsicht darauf losgeht (vgl. jedoch JW. 01, 287).

71. Sorgfaltspflicht beim Verkehr in Warenhäusern.

KG. 4. 10. 16, KGBl. 17, 19. Der Käufer eines großen Geschäftshauses darf sich darauf verlassen, daß der Weg von der Einkaufsstelle zur Kasse gegen jede Gefahr gesichert ist. Er braucht auf Arbeiten, die an dem Fenster ausgeführt werden, und die etwaige unsichere Stellung der dabei benutzten Gerätschaften nicht zu achten.

72. Sorgfaltspflicht dessen, der an einem Orte einen Verkehr eröffnet, bezüglich der Verkehrssicherheit.

a) Rostock 17. 2. 16 — JDR. 15 II 65e — betr. neben der Landstraße herlaufende Seitenwege, abgedruckt auch: OLG. 34, 109.

b) Dresden 25. 11. 15, OLG. 34, 113. Es liegt keine Fahrlässigkeit vor, wenn nach Einbringung eines Luftschiffs in die Halle den Besuchern der Eintritt gestattet wird, ehe der die Laufschienen enthaltene Schacht überdeckt ist (vgl. jedoch JDR. 15 II 65g).

c) **RG.** 1. 2. 17, R. 17 Nr. 596, 614. Pflicht des Turnvereins, der seinen Turnplatz einer Landsturmriege unentgeltlich zu Übungen überläßt, bezüglich der Sicherung gegen die Gefahren, die den Mitgliedern der Riege durch auf dem Platze befindliche Verkehrshindernisse drohen. (Vgl. § 599.)

d) München 6. 10. 16, LeipzZ. 16, 1562, OLG. 34, 1, R. 17, 77. Betrifft denselben Fall, wie zu c.

73. Sorgfaltspflicht des Ausstellers.

RG. 1. 5. 16, R. 16 Nr. 357. Pflichten hinsichtlich der sicheren Befestigung des Firmenschilds an dem Verkaufsstande.

74. Sorgfaltspflicht des Rennvereins bei Abhaltung von Rennen.

RG. 2. 5. 16, LeipzZ. 16, 1484. Pflicht des Rennvereins, dafür zu sorgen, daß der durch die Eintrittskarte berechtigte Zuschauer ungefährdet, soweit dies nach der Natur der Veranstaltung möglich ist, das Rennen beobachten kann.

75. Sorgfaltspflicht bei Sprengungen.

Hamburg 27. 11. 15 — JDR. 15 II 63b — abgedruckt auch: OLG. 34, 135.

76. Sorgfaltspflicht der Kirchengemeinde bezüglich der Schließung der Kirchentüren.

Hamburg 21. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 181, R. 17 Nr. 1419. Die (römisch-katholische) Kirchengemeinde ist verpflichtet, die Dienstpflicht der Schließung der Kirchentüren einer bestimmten Person ausdrücklich zu übertragen und diese Pflicht näher zu regeln.

77. Sorgfaltspflicht des Kirchendieners.

Hamburg 21. 4. 17, HansGZ. 17, Bbl. 181. Der Küster hat vor Schließung der Kirchentüren sich davon zu überzeugen, ob noch Kirchenbesucher in der Kirche sind.

78. Sorgfaltspflicht des Kirchenbesuchers.

Hamburg 21. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 181. Pflicht beim Verlassen der Kirche, insbesondere wenn unvermutet die richtige Ausgangstür verschlossen ist.

III. Beweislast.

1. **RG.** 9. 2. 17, R. 17 Nr. 566. Macht der Verkäufer geltend, daß der Käufer es schuldhaft unterlassen habe, sich einzudecken, dann muß er die Möglichkeit einer solchen Eindeckung darlegen.

2. **RG.** 6. 10. 17, R. 17 Nr. 1962. Der säumige Verkäufer von Rohstoffen, der geltend macht, der Käufer habe sich in Fertigware bei ihm billiger eindecken können, als er es bei einem Dritten getan hat, muß gegenüber einer allgemeinen Preissteigerung darlegen, woher der Käufer von dieser Deckungsmöglichkeit Kenntnis haben muß.

3. **RG.** 19. 10. 16 — JDR. 15 § 276 III 9 — btr. Beweislast beim Beförderungsvertrag, abgedruckt auch: PosMSchr. 17, 12, R. 17 Nr. 191.

4. **RG.** 16. 4. 17, HessRspr. 18, 77. In erster Linie ist es Pflicht der Eisenbahnverwaltung, die erforderlichen Vorkehrungen gegen die Gefährdung der Eisenbahnzüge und der Reisenden zu treffen. Diese Sorge für die Sicherheit des Verkehrs kann sie nicht auf den Unternehmer abwälzen, der Arbeiten behufs Verlegung der Gleise vornimmt und zu diesem Zwecke Sprengungen in unmittelbarer Nähe der Eisenbahn ausführt, mag der Unternehmer auch leistungsfähig und vertrauenswürdig sein. Die Tatsache, daß bei der Sprengung Felsstücke gegen den Eisenbahnzug geschleudert sind, beweist, daß die Eisenbahnverwaltung und der Unternehmer oder ihre Angestellten die pflichtmäßige Vorsorge nicht geübt haben. Mehr als jene Tatsache braucht der durch die Sprengung Geschädigte nicht zu beweisen. Die Eisenbahnverwaltung und der Unternehmer haben im Wege des Gegenbeweises darzutun, daß sie außer Verschulden sind und alle zur Vermeidung eines derartigen Vorkommnisses dienlichen Maßnahmen und Vorkehrungen getroffen haben.

5. **RG.** 24. 5. 16, WarnE. 17, 339. Besteht auf einem Bahnhofe ein lange dauernder gefährlicher Zustand, der den gesetzlichen Vertretern des Eisenbahnfiskus bei gelegentlichen Aufsichtsfahrten nicht entgehen konnte und durfte, so ist das Verschulden des Eisenbahnfiskus gegeben, wenn er nicht dartut, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt habe und der verkehrsgefährliche Zustand nicht auf einem Verschulden seiner Vertreter beruht habe (RG. 53, 276, WarnE. 08, 129; 09, 196; 11, 32; 12, 420; 16, 199).

6. Siehe auch oben II 21.

IV. Ausschluß der Haftung.

1. **RG.** 17. 10. 16; 89, 6, R. 17 Nr. 16. Dadurch, daß ein Ausstellungsverein in den Ausstellungsbedingungen zwar die Verpflichtung der Versicherung der ausgestellten Gegenstände gegen Feuersgefahr übernimmt, aber in den die Versicherung betreffenden Bestimmungen jede „darüber hinausgehende" Haftung „z. B. für Diebstahl, Beschädigung oder Verlust" ablehnt, wird nicht die vertragliche Haftung für einen Schaden ausgeschlossen, der durch ein Verschulden der eigenen Geschäftsführer und der eigenen Erfüllungsgehilfen bei Erfüllung der Vertragspflichten an den Ausstellungsgegenständen entsteht.

2. **RG.** 30. 10. 16, JW. 17, 34, R. 17 Nr. 783, 1036. Wenn eine angesehene Bank ihren Auskünften den Vorbehalt „streng vertraulich und ohne jede Verbindlichkeit" beifügt, so ist dieses nur dahin zu verstehen, daß sie sich gegen den Vorwurf fahrlässiger, selbst grobfahrlässiger Benutzung unzuverlässiger Quellen oder nachlässiger Prüfung der Verhältnisse des Angefragten schützen will, nicht aber dahin, daß die Bank auch dann nicht haften will, wenn ihr die Auskunft zeichnender verfassungsmäßiger Vertreter die Auskunft selbst arglistig falsch erteilt, um den Anfragenden zum Nutzen der Bank zu schädigen.

Zustimmend: Hachenburg, JW. 17, 34.

3. Siehe auch oben II 35.

§ 278.

1. **RG.** 29. 9. 16, BayRpflZ. 17, 20, R. 17 Nr. 1011. Dem Geschäftsherrn sind Handlungen des Angestellten, die dieser in seinem Interesse vornimmt, wie eigene schon dann zuzurechnen, wenn er sie nur fortgesetzt duldet, mag er sie auch nicht veranlaßt und keinen Auftrag zu ihnen gegeben haben.

2. Hamburg 1. 2. 15, OLG. 34, 60. Die Haftung für einen gesetzlichen Vertreter auf Grund des § 278 setzt voraus, daß der Vertretene für ihn nicht allgemein, sondern nur dann haftet, wenn er als Vertreter auftritt.

3. **RG.** 11. 5. 15 — JDR. 14 § 278, 2 — btr. Anwendbarkeit des § 278 im Falle der Übertretung der ihm erteilten Weisungen durch den Erfüllungsgehilfen, abgedruckt auch: WürttRpflZ. 17, 43/46.

4. Hamburg 11. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 190, R. 17 Nr. 1234. § 278 findet auch dann Anwendung, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners in einem Unterlassen besteht (**RG.** 63, 117).

5. **RG.** 12. 1. 15 — btr. Anwendbarkeit des § 278 auf ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragsschluß — JDR. 14 I 4a — ist abgedruckt auch: WarnE. 17, 17.

6. **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 1968. Personen, deren sich der eine Vertragsteil zur Gewinnberechnung, also zu einer dem Vertragsschluß vorausgegangenen, äußerstenfalls vielleicht ihn vorbereitenden Tätigkeit bedient hat, sind nicht Erfüllungsgehilfen i. S. des § 278.

7. Hamburg 1. 2. 15, OLG. 34, 60. § 278 beschränkt sich nicht auf ein bei der unmittelbaren Erfüllung begangenes Verschulden; als zur Erfüllung gehörig ist vielmehr alles anzusehen, was aus dem Vertrage von dem Schuldner überhaupt verlangt werden kann (LeipzZ 10, 927, OLG. 22, 191). Deshalb ist bei einer Auskunftserteilung nicht nur das Verschulden desjenigen zu vertreten, der die Auskunft für den Geschäftsherrn erteilt, sondern schon ein solches, das bei der Vorbereitung der Auskunft einem mit der Herbeischaffung und Sichtung des Materials befaßten Angestellten unterläuft.

8. KG. 4. 10. 16, KGBl. 17, 19. Zum Begriffe einer Hilfsperson i. S. des § 278 ist nicht erforderlich, daß die in der Angelegenheit des Schuldners tätige, eine Arbeit für den Schuldner oder im Interesse des Schuldners verrichtende Person zu dem Schuldner in einem Vertragsverhältnisse stehe. Der Inhaber eines Geschäftshauses haftet daher dem Käufer für das Verschulden, das dem Angestellten einer von ihm angenommenen Fensterputzanstalt bei dem Putzen der Fenster des Geschäftshauses zur Last fällt.

9. Hamburg 7. 11. 16, JW. 17, 116. Der Schuldner, der sich zur Zahlung der Banküberweisung bedient, haftet für das Verschulden der Bank hierbei, da diese als seine Erfüllungsgehilfin anzusehen ist.

10. Stuttgart 6. 2. 17, R. 17 Nr. 574, WürttJ. 28, 145. Da der Verkäufer seiner Versendungspflicht damit genügt, daß er die Ware der Bahn übergibt, das Verladen und Befördern also nicht zu den ihm obliegenden Vertragspflichten gehört, haftet er auch nicht für Verschulden der Bahn bei Verladung oder Beförderung des Guts. Er haftet auch nicht für das Verschulden des Spediteurs, dem er die Ware zur Veranlassung der Beförderung übergibt, weil er die Ware nur auf den Weg zu bringen hat und diese Pflicht mit der Übergabe an den Spediteur erfüllt.

11. **RG.** 15. 12. 16, R. 17 Nr. 785. Derjenige, der Hölzer auf dem Stamm gekauft hat, haftet für das Verschulden des Aufsehers, den er für die mit der Abholzung beauftragten Arbeiter bestellt hat.

12. GewG. Berlin 17. 4. 17, GewuKfmG. 22, 292. Überträgt der Dienstberechtigte behufs der ihm dem Dienstverpflichteten gegenüber obliegenden Vertragspflicht aus § 618 die Heizung der Arbeitsräume seinem Hauswirte, dann haftet er für dessen Verschulden dem Arbeitnehmer gegenüber gemäß § 278.

13. Kiel 14. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 86. Wenn ein Rechtsanwalt, dessen Rat

darüber in Anspruch genommen wird, ob ein Darlehn gegen hypothekarische Sicherheit gegeben werden kann, dem Auftraggeber rät, zunächst das Grundstück zu besichtigen, und ihm dazu seinen Bürovorsteher zur Verfügung stellt, so tut er letzteres, um dem Auftraggeber die diesem obliegende Aufgabe zu erleichtern, die nötigen Unterlagen für die zu beurteilende Frage beizubringen, nicht aber, um seine eigene Vertragspflicht zu erfüllen. Er haftet daher für ein Verschulden des Bürovorstehers bei der Feststellung des Werts des Grundstücks nicht aus § 278.

14. Kiel 15. 5. 17, LeipzZ. 17, 1098, SchlHolstAnz. 17, 201. Die Militärintendantur, der vertragsmäßig von einem Arbeitgeber für das Verpflegungsamt eine Anzahl Arbeiter zur Verfügung zu stellen ist, haftet für das Verschulden des Intendantursekretärs, der die Arbeiter bestimmt, aus dem Dienst des bisherigen Arbeitgebers auszuscheiden und bei dem Verpflegungsamt direkt in Dienst zu treten, wenn der Sekretär mit Zustimmung des zuständigen Beamten diese Angelegenheit für die Intendantur erledigt, da es hierbei Vertragspflicht der Intendantur ist, die Rechte des Arbeitgebers zu wahren (vgl. § 242, 6).

15. **RG.** 23. 3. 17, R. 17 Nr. 1026. Bei dem Maschinendreschvertrag ist der von dem Eigentümer der Maschine gestellte Maschinist allein Gehilfe des Vermieters bei Ausübung der diesem obliegenden Pflicht zur Instandhaltung der Maschine während des Gebrauchs (JDR. 14, 9b).

16. a) **RG.** 15. 12. 16, WarnE. 17, 203. Der Gasthofbesitzer haftet für die Fahrlässigkeit seines Pförtners bei Ausführung des Auftrags, das Gepäck eines angekommenen Reisenden in den Gasthof zu schaffen.

b) Hamburg 2. 6. 16 — JDR. 15, 4 — btr. Haftung des Gasthofsbesitzers für den Gasthofspförtner, abgedruckt auch: OLG. 34, 67.

17. KG. 19. 12. 16, KGBl. 17, 21. Der Kaufmann, der den die Stadt besuchenden Landleuten im Interesse seines Geschäfts die unentgeltliche Einstellung der Pferde in seinem Stalle gestattet, haftet nicht für das Verschulden seines Hausdieners bei der Einstellung der Pferde. Denn seine Vertragspflicht erstreckt sich nur darauf, den Stall zweckentsprechend einzurichten und zu erhalten.

18. Celle 16. 12. 14, OLG. 33, 309. Wenn jemand einen Raum für gewerbliche Zwecke mietet, so haben diejenigen Personen, deren er sich für jene Zwecke bedient, und die sich dort aus dieser Veranlassung aufhalten, ihn während ihres Aufenthalts auch in der Erfüllung der Verpflichtung zur sorgfältigen Behandlung der Mietsache durch entsprechende Einrichtung ihres Verhaltens, sei es in positiven Handlungen, sei es in Unterlassungen, zu unterstützen. In diesem Umfange bedient sich der Mieter ihrer zugleich zur Erfüllung seiner Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der Mietsache. Schuldhaftes Zuwiderhandeln eines solchen Gewerbegehilfen gegen die vorbezeichnete Verpflichtung erfolgt in Ausführung derjenigen Tätigkeit, durch die er eine Verpflichtung des Mieters für diesen erfüllen soll (vgl. JDR. 14, 6; 15, 8).

19. Josef, Haftung des Wohnungsmieters für Beschädigungen durch Dritte? JW. 17, 963. Wenn der Mieter sein Recht durch Aufnahme von Hausgenossen oder dadurch ausübt, daß er dem Möbeltransporteur, seinen Geschäftskunden oder Gästen den Zutritt gestattet, dann haften für die von diesen Dritten an der Wohnung zugefügten Beschädigungen nur diese selbst, nicht der Mieter (gegen Krückmann, JheringsJ. 85, 209).

20. Josef, Von des Mieters Leiden bei einem Wohnungswechsel, BadRpr. 17, 82. Der Mieter haftet für den von dem Fuhrunternehmer und seinen Leuten bei Räumung der Wohnung dem Vermieter zugefügten Schaden unbeschränkt, da er sich des Unternehmers zur Erfüllung der ihm nach § 556 obliegenden Verbindlichkeit bedient, die Wohnung nach Beendigung des Mietverhältnisses dem Vermieter zurückzugeben. Dagegen ist er für den Schaden, den der Fuhrunternehmer und seine Leute bei dem Einzuge in die neue Wohnung verursachen, dem Vermieter nicht schadensersatzpflichtig; hier handelt es sich nicht um die Erfüllung, einer dem Vermieter gegenüber obliegenden Verbindlichkeit.

21. Hamburg 28. 3. 17, R. 17 Nr. 1235. Da die Verpflichtung einer Viehtrans-

portfirma sich auf die Verladung des von auswärtigen Käufern gekauften Viehs in den Eisenbahnwagen beschränkt, ist der Begleiter, den sie außerdem auf Wunsch des Käufers stellt, nicht ihr Erfüllungsgehilfe. Denn sie nimmt ihn nicht für sich, sondern für den Käufer an.

22. **RG.** 24. 3. 16, R. 17 Nr. 181. Der Hauderer, bei dem zwei Wagen für einen Ausflug bestellt sind, und der, weil er nur einen Wagen hat, den zweiten von einem anderen Unternehmer kommen läßt, wie er dem Besteller erklärt, haftet für das Verschulden der Leute des zweiten Wagens, da er auch bezüglich dieses Wagens der Vertragsgegner des Bestellers ist.

23. a) Hamburg 6. 5. 15, HansRZ. 1, 32. Der von dem Frachtführer zur Ausführung der Frachtfahrten angenommene und ihm hierzu ausschließlich zur Verfügung stehende Schleppschiffer ist dessen Erfüllungsgehilfe.

b) Hamburg 4. 4. 17, HansRZ. 1, 35, OLG. 34, 385. Soll der Transport durch einen Leichter ausgeführt werden, dann ist der von dem Kahneigner und Frachtführer angenommene Schlepper ein Ausführungsgehilfe des Transportvertrags (a. A. **RG.** 78, 380).

24. Breslau 20. 4. 15, OLG. 34, 115. Ist einer Stadtgemeinde zur Ausführung einer polizeilichen Maßnahme (Beseitigung der Mückenplage) ein Grundstück tatsächlich überlassen worden, dann ist sie quasikontraktlich verpflichtet, die Baulichkeiten unversehrt zurückzugeben, und sie bedient sich bei dieser Verpflichtung der Beamten, die die Maßregel ausführen, als Erfüllungsgehilfen. Sie haftet daher für deren Verschulden, da § 278 nicht gerade einen Vertrag voraussetzt, sondern zu seiner Anwendung es genügt, wenn ein Privatrechtsverhältnis durch einen anderen Tatbestand begründet wird.

25. Schiemann, Die Haftung der deutschen Eisenbahnen in den besetzten Gebieten, JW. 17, 88. Wird im Inlande Gepäck oder Frachtgut zur Beförderung nach dem besetzten Gebiet angenommen, dann ist die Eisenbahn im Militärbetrieb als Erfüllungsgehilfin der inländischen Staatsbahn anzusehen. Diese haftet daher, auch wenn eine Haftung für die Beförderung und den Verlust auf den unter Militärbetrieben stehenden Eisenbahnen durch Tarife ausgeschlossen ist.

Hiergegen: de Jong, JW. 17, 342, vgl. auch v. d. Leyen, JW. 17, 324.

§ 279.

1. **RG.** 23. 10. 17, R. 17 Nr. 1965. In § 279 ist nur über die Vertretbarkeit des subjektiven Unvermögens Bestimmung getroffen.

2. **RG.** 17. 10. 16, R. 17 Nr. 1590. Der Verkäufer einer Gattungssache ist von der Verpflichtung zur Lieferung wegen Unvermögens nicht schon dann befreit, wenn er die Sache nicht selbst besitzt und nicht einem Dritten gegenüber einen Anspruch auf Lieferung hat, sondern nur dann, wenn es ihm unmöglich ist, sich diese Sache zu verschaffen, oder die Verschaffung mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß diese nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichzustellen sind (**RG.** 57, 115).

3. **RG.** 24. 5. 17, JW. 17, 764, LeipzZ. 17, 1050, R. 17 Nr. 1796, WarnE. 17, 246. Die Leistung aus der Gattung ist i. S. des § 279 unmöglich, wenn die vertragsmäßige Ware mit Mitteln, mit denen im Verkehr gerechnet wird, nicht anzuschaffen ist (**RG.** 88, 172). Daß die Ware vielleicht aus zweiter Hand zu erlangen gewesen wäre, wenn der Käufer das Glück gehabt hätte, dort einen genügenden Vorrat zu ermitteln, und zu einem Preise, den der Verbraucher in einer Zwangslage zahlen muß, ist unerheblich.

4. Dresden 18. 5. 16, SächsOLG. 38, 129. Im Sinne des § 279 ist die Unmöglichkeit der Herstellung von Gattungsware nicht erst dann anzunehmen, wenn die dazu nötigen Rohstoffe allenthalben untergegangen oder aus anderen Gründen schlechthin nicht mehr zu beschaffen sind, sondern schon dann, wenn ihre Beschaffung mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß letztere nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden (**RG.** 57, 118). Als solche außergewöhnliche Schwierigkeiten sind zwar nicht höhere, wenn auch erheblich höhere Anschaffungskosten, wohl aber

solche Preissteigerungen anzusehen, bei denen die Beschaffung der Rohstoffe zum Zwecke der Vertragserfüllung zu einer das wirtschaftliche Bestehen des Verkäufers gefährdenden Schädigung führen mußte.

5. Colmar 12. 12. 16, ElsLothJZ. 17, 83. § 279 greift nicht Platz, wenn der Verkäufer nur eigenes Erzeugnis, nicht irgendein wenn auch gleichartiges und gleichwertiges eines anderen Betriebs zu liefern verpflichtet ist.

6. Dresden 19. 10. 16, SächsRpflA. 17, 70. Liegt ein Lieferungsgeschäft über eine genau spezialisierte, einer einzigen Erzeugungsstelle entstammende Warengattung (Reisbackmehl Panifarin) vor, dann ist der Verkäufer, wenn ihm die Lieferung aus der bestimmten Gattung zu der für die Vertragserfüllung in Betracht kommenden Zeit objektiv unmöglich ist, nicht verpflichtet, eine Ersatzware anderer Herkunft zu liefern, selbst wenn es eine an Wert und Brauchbarkeit durchaus gleiche Ersatzware (Reisbackmehl Risofarin) gibt, da trotzdem beide Erzeugnisse nach den allgemeinen Anschauungen eines in geordneten Bahnen sich bewegenden Handelsverkehrs nicht dasselbe Handelsgut sind.

7. Hamburg 14. 10. 16, LeipzZ. 17, 350, OLG. 34, 21, R. 17 Nr. 12. Die Klausel der Schlußnote „in G. greifbar" ist nicht geeignet, den Kauf einer Gattungsware in dem Sinne zum Einzelkauf zu machen, daß diejenige Partie als verkauft zu gelten hat, die der Verkäufer im Auge gehabt hat. Will der Verkäufer seine Lieferpflicht auf eine bestimmte Ware beschränken, dann muß er dem Verkäufer diejenigen Angaben machen, welche ihm eine Erkennbarkeit der Partei als solcher ermöglichen.

8. Im übrigen siehe bei § 275.

§ 281.

1. Gattungsschulden.

a) **RG.** 30. 10. 16 — JDR. 15 § 281 I 2e — btr. Nichtanwendbarkeit des § 281 auf gewöhnliche Gattungsschulden, abgedruckt auch: DJZ. 17, 130, LeipzZ. 17, 43, R. 17 Nr. 18, SeuffA. 72, 149.

b) **RG.** 24. 11. 16, WarnE. 17, 2. Die Anwendbarkeit des § 281 auf reine Gattungsschulden wird aus den Gründen des Urteils vom 30. 10. 16 — 1a — verneint.

c) Ebenso: **RG.** 30. 1. 17, BreslauAK. 17, 32, GruchotsBeitr. 61, 626, HoldheimsMSchr. 17, 182, JW. 17, 463, LeipzZ. 17, 597, R. 17 Nr. 360, WarnE. 17, 99 mit dem Zusatze: Ob es sich um eine unbeschränkte Gattungsschuld oder eine dem Gegenstande nach — z. B. auf eigene Erzeugnisse des Fabrikanten — beschränkte Gattungsschuld handelt, macht keinen Unterschied, da die Gründe für die Unanwendbarkeit des § 281 in dem einen wie dem anderen Falle zutreffen. — Hierzu: Hachenburg, JW. 17, 463.

d) Ebenso: **RG.** 23. 6. 17, JW. 17, 968, R. 17, 518, WarnE. 17, 310.

e) Dresden 23. 1. 17, JW. 17, 615. § 281 ist auf Gattungsschulden nicht anwendbar. Hiergegen: Plum, JW. 17, 615.

f) Cöln 27. 2. 17, JW. 17, 373, R. 17, 225. Ist auf einem bestimmten Gute geernteter Hafer gekauft, steht also kein reiner Gattungskauf, sondern ein auf die Erzeugnisse eines bestimmten Landguts beschränkter Gattungskauf in Frage, dann ist im Falle der Beschlagnahme des Hafers dieses Guts § 281 anwendbar. Die Identität zwischen der verkauften und der beschlagnahmten Ware steht hier fest.

g) Königsberg 30. 1. 17, JW. 17, 377, PosMSchr. 17, 6, R. 17, 225. Im Falle der begrenzten Gattungsschuld ist § 281 bei Beschlagnahme der verkauften Ware anwendbar. Ist das Erzeugnis eines bestimmten Guts verkauft, dann ist die Schuld des Verkäufers aus dem Begriff der Gattungsschuld bereits herausgetreten und befindet sich auf dem Wege zur Beschränkung auf die Einzelsache, wenn die Beschlagnahme eingreift. Bei diesem Zustand ist der geschuldete Gegenstand schon derart individualisiert, daß man in Anwendung des § 281 sagen kann, der Verkäufer schulde den Gegenstand, für den er später Ersatz verlangt. — Hierzu Hachenburg, JW. 17, 377. Die Entsch. ist ein Anzeichen dafür, daß die Rechtspr. des RG. wenig befriedigt.

h) Abel, Österreichs Rechtsentwicklung im Kriegsjahre 1916, JW. 17, 17. Nach der Rechtsprechung des OGH. hat der Verkäufer den Überpreis, den er im Falle der Beschlagnahme der Ware erhält, dem Käufer abzuliefern, auch wenn nur der Gattung nach bezeichnete Gegenstände zu liefern waren.

2. a) Königsberg 30. 1. 17, JW. 17, 377, R. 17, 225. Daß der Umstand, welcher die Leistung des Schuldners unmöglich macht, die ausschließliche Ursache der Ersatzleistung wird, ist nicht nötig. Es genügt, daß der Schuldner infolge dieses Umstands mittelbar Ersatz erlangt. Das, was er an Stelle der durch Eingriff der Behörde unmöglich gewordenen Leistung wirtschaftlich als Ersatz in sein Vermögen bekommt, muß er nach Treu und Glauben dem Gläubiger herausgeben.

b) Hamburg 21. 12. 16, LeipzZ. 17, 487. Die nämliche Ursache, die die Leistung unmöglich gemacht hat, muß den Ersatz herbeigeführt haben. Adäquatheit des Kausalzusammenhangs ist nötig. Diese fehlt aber, wenn die aus einem neutralen Staat zu liefernde Ware im feindlichen Ausland nicht durchgelassen, sondern dort auf behördliche Anordnung mit Nutzen gegenüber dem Vertragspreise verkauft ist. Denn der Nutzen ist nur durch den Verkauf gewonnen worden, und dieser konnte denkbarerweise ebensowohl durch Umstände oder Erwägungen veranlaßt sein, die mit dem Kriege nichts zu tun haben.

c) Hamburg 28. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 65, LeipzZ. 17, 352, R. 17, 175. § 281 ist nicht anwendbar, wenn mit der Kriegsbeschlagnahme keine Enteignung verbunden ist, nach der die Ware unmittelbar an die Heeresverwaltung übergeht, sondern die Ware frei an private Fabrikanten, die für das Heer arbeiten, veräußert werden darf. Denn dann ist der etwaige Mehrerlös, den der Verkäufer erzielt hat, nicht infolge des Umstands erlangt, der die Leistung unmöglich gemacht hat.

d) Hamburg 24. 11. 14, HansGZ. 17 Hbl. 35. Wenn der Verkäufer von seiner Lieferungsfrist frei wird, weil er mit dem Käufer eine Vereinbarung getroffen hat, wonach er wegen der durch den Krieg begründeten Erschwerung in der Rohstoffbeschaffung und der Fabrikation nicht zu liefern braucht, dann ist § 281 nicht anwendbar. Den etwaigen Gewinn, den er beim Weiterverkauf der bei ihm beschlagnahmten Vorräte macht, erlangt er nicht infolge eines Umstandes, der ihm die Leistung unmöglich macht.

e) Hamburg 24. 1. 17, R. 17 Nr. 786. Wenn der Schuldner eine bereits verkaufte Sache zum zweiten Mal verkauft, dann hat er den Gewinn, den er bei diesem zweiten Verkauf und der Lieferung der Sache an den zweiten Käufer macht, nicht an den ersten Käufer herauszugeben. Den Anspruch auf die Gegenleistung des zweiten Käufers erwirbt er schon durch den Kaufvertrag selbst, nicht erst durch die Übertragung der Sache, die die Unmöglichkeit der Leistung an den ersten Käufer herbeiführt. Es handelt sich nicht um einen Ersatzanspruch für die Veräußerung des geschuldeten Gegenstands, sondern um ein durch ein obligatorisches Rechtsgeschäft erworbenes Äquivalent.

3. Hamburg 21. 12. 16, R. 17, 175. Der Verkäufer eines künftigen bei den Shetlandsinseln zu machenden, in einen Weserhafen zu liefernden Walfischfangs, dem seine Leistung infolge des Kriegs unmöglich geworden ist, ist nicht verpflichtet, dem Käufer den durch den Verkauf des Trans in England erzielten Erlös herauszugeben. Dieser Erlös ist weder ein Ersatz für die geschuldete Leistung, noch eine unmittelbare Folge des Ereignisses, das die Leistung unmöglich gemacht hat.

4. **RG.** 25. 10. 16, R. 17 Nr. 17. Der in § 281 bezeichnete Ersatz kann auch in der Versicherungssumme oder dem Anspruch auf sie bestehen.

5. Karlsruhe 3. 4. 17, LeipzZ. 17, 1099. Der Schuldner darf, wenn ihm die Leistung unmöglich wird, nach dem Grundgedanken des § 281 die Erlangung eines möglichst vollständigen Ersatzes durch den Gläubiger in keiner Weise vereiteln. Er ist deshalb schon, bevor für den Gläubiger ein unmittelbarer Anspruch auf die Ersatzleistung entstanden ist, gebunden, dessen eventuelles Recht auf Ersatz auch nicht durch Außerachtlassung der im ursprünglichen Schuldverhältnis erforderten Sorgfalt zu gefährden, und wird dem Gläubiger bei Verletzung dieser Pflicht haftbar.

§ 283.

1. Dresden 2. 11. 16, LeipzZ. 17, 418, SächsOLG. 38, 261, SeuffA. 72, 150. Bei fruchtlosem Ablauf der nach § 283 gestellten Nachfrist ist zu unterstellen, daß die Leistung während des Verzugs des Schuldners aus einem von diesem zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist (§ 325 Abs. 2). Folglich löst sich das ganze Vertragsverhältnis, nicht bloß der Bestandteil desselben, bezüglich dessen Schuldnerverzug vorlag, und bloß der urteilsmäßige Anspruch, in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf (**RG.** 61, 353; 66, 67).

2. Natter, WürttRpflZ. 17, 49. Im Falle des § 283 kann der Gläubiger statt Herausgabe der Sachen Schadensersatz ohne vorherigen Versuch der Vollstreckung und ohne den Nachweis der Unmöglichkeit der Leistung fordern. Bis zum Ablauf der von ihm gesetzten Frist kann er noch die Vollstreckung der Herausgabe betreiben, nach dem erfolglosen Ablauf der Frist jedoch nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn der verurteilte Schuldner erklärt, nicht leisten zu können, vielmehr kann der Gläubiger in diesem Fall ohne weiteres das Interesse verlangen (**RG.** 69, 357).

3. Siehe auch § 326 XII 6a ϑ bb.

§ 284.

1. **RG.** 17. 11. 16, R. 17 Nr. 19. Der Käufer, der Übergabe der Ware zu verlangen hat und nur gegen Übergabe der Ware selbst zu zahlen verpflichtet ist, kommt durch das Angebot von Lieferscheinen nicht in Verzug.

2. a) **RG.** 24. 4. 17, R. 17 Nr. 1387. Eine den Erfordernissen des § 326 nicht entsprechende Fristsetzung kann sich als eine klare und bestimmte Mahnung darstellen und den Eintritt des Verzugs begründen.

b) Siehe § 326 II 4.

3. **RG.** 19. 6. 17, R. 17 Nr. 1791. Hat der Verkäufer bei dem Abruf entgegenkommend die Spezifikation des Lieferungstermins dem Käufer überlassen, dieser aber trotz wiederholter Mahnungen die Festsetzung dieser Termine weder vorgenommen noch abgelehnt, dann genügt eine Aufforderung des Verkäufers zur Lieferung, um den Käufer in Verzug zu setzen.

4. Dresden 13. 3. 16, SeuffA. 72, 217. Bei Kaufverträgen, die auf Abruf geschlossen sind, führt regelmäßig der Abruf des Käufers die Fälligkeit der Lieferung des Verkäufers herbei und enthält zugleich die Mahnung. Aber nicht jeder Abruf ist dazu geeignet, sondern nur ein solcher, der vertragsmäßig ist.

5. Hamburg 8. 10. 14, OLG. 33, 214. Bei einer Vereinbarung, daß bis „spätestens Mitte Juni" zu leisten sei, ergibt sich bei Berücksichtigung des § 192 der letzte Leistungstag — 15. Juni — unmittelbar aus dem Kalender. Bei Nichtleistung an diesem Tage gerät der Schuldner ohne Mahnung in Verzug.

6. **RG.** 24. 11. 16, R. 17 Nr. 180. Bei nicht kalendermäßigen Verpflichtungen bewirkt eine Mahnung zunächst nur Fälligkeit, nicht Verzug.

7. **RG.** 22. 5. 17, R. 17 Nr. 1797. Die Tatsache, daß das gelieferte Werk nicht betriebsfähig gewesen und längere Zeit hat nicht betriebsfähig gemacht werden können, hebt das Erfordernis der Mahnung als Voraussetzung des Leistungsverzugs des Unternehmers nicht auf.

§ 285.

1. Siehe § 554, 1.

2. **RG.** 9. 2. 17, R. 17, 175. Auch wenn der Verkäufer seine Lieferpflicht noch nicht auf einzelne bestimmte bei ihm lagernde Stücke beschränkt hat, er also die verkaufte Ware aus anderem als dem bei ihm lagernden Material liefern darf, wird sein Geschäftsbetrieb, auch soweit er sich auf die dem Käufer geschuldete Lieferung bezieht, durch die Beschlag-

nahme seines Lagerbestandes an Rohstoffen selbst dann wesentlich erschwert, wenn diese Lagerteile freiläßt, mit denen er seine Lieferpflicht erfüllen kann. Deshalb kann auch in einem solchen Falle eine Lieferungsbehinderung vorliegen, die die Anwendung des § 285 rechtfertigt.

3. Dresden 23. 6. 16, R. 17, 225. Der Verkäufer gerät nicht in Verzug, wenn die Bahnstockung so rasch einsetzte, daß auch bei schleunigem Geschäftsgang Lieferung nicht mehr möglich war. Angesichts der Kriegsklausel brauchte er solchenfalls die Ware auch nicht versandfertig bereit zu halten.

4. **RG.** 30. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 108, R. 17, 29. Im Frieden ist ein Käufer regelmäßig im Verzuge, wenn sein Rembours versagt. Wegen der übermäßigen Wirkung des Kriegs kann aber das Versagen des Remboursеs durch Umstände herbeigeführt sein, die der Käufer nicht zu vertreten hat; ein solcher Umstand kann darin liegen, daß die Akzeptleistung für das in London ansässige Rembourshaus nach englischem Recht verboten, also unmöglich ist.

5. Cöln 15. 2. 14, OLG. 33, 306. Der Vermieter handelt schuldhaft, wenn er nicht alsbald nach Empfang des Mahnschreibens des Mieters mit der Instandsetzung des versagenden mitvermieteten Personenaufzugs beginnt.

§ 286.

1. **RG.** 17. 10. 16, WarnE. 17, 416, R. 16 Nr. 2073. Eine nach Eintritt des Verzugs von dem Gläubiger bewilligte Stundung schließt nicht ohne weiteres einen Verzicht auf die bereits zugunsten des Gläubigers eingetretenen Verzugsfolgen ein.

2. Jena 28. 2. 17, DJZ. 17, 908. Zu dem durch den Verzug entstandenen Schaden gehört auch der Zinsverlust, den der Gläubiger dadurch erleidet, daß er die Sicherheit durch Hinterlegung leistet, von deren Leistung die vorläufige Vollstreckbarkeit des gegen den Schuldner erwirkten Urteils abhängig ist, und später nur die Hinterlegungszinsen zurückgezahlt erhält, während er in seinem Handelsgewerbe einen höheren Zinssatz hätte erzielen können.

§ 287.

1. **RG.** 3. 10. 17, R. 17 Nr. 1969. § 287 setzt ein bedingtes Verhältnis, aber keinen adäquaten ursächlichen Zusammenhang zwischen Verzug und Schaden voraus. Das erstere wird durch den zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Verzuge und dem während dieses durch die Leistungsunmöglichkeit zufolge Beschlagnahme entstandenen Schadens gegeben. Das Wesen des Zufalls liegt im Wirken unberechenbarer, der (entscheidenden) Einwirkung der Beteiligten entzogener Ursachen (**RG.** 60, 381). Daher gehören hierher auch Maßnahmen und Verfügungen der Behörden, z. B. Beschlagnahmen, die ohne Zutun des Betroffenen erfolgen.

2. Siehe § 275 B VI.

§ 292.

Natter, Der Anspruch auf Wertersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe von Sachen und seine Geltendmachung im Prozesse, WürttRpflZ. 17, 49, erörtert kurz die Anwendung der §§ 280—284, 287, 292 auf den schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Verpflichteten gehörigen Sache, ferner den Anspruch auf Herausgabe auf Grund dinglichen Rechts und die Konkurrenz des dinglichen und schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs, endlich eingehend die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs auf Wertersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache. — Durch die Vorschrift des § 292 werden die weitergehenden Rechte des Gläubigers aus dem Schuldverhältnis und aus dem Verzug des Schuldners nicht berührt. Eine praktische Bedeutung hat § 292 nicht, da die schuldrechtlichen Bestimmungen den Gläubiger in dieser Hinsicht in keinem Fall ungünstiger stellen, als die sachenrechtlichen Vorschriften der §§ 989ff. (51).

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

§ 293.

RG. 24. 4. 17, R. 17, 367. Dient der Verkäufer eine Ware, deren Handel von einem bestimmten Tage ab gesetzlich verboten ist, und wegen deren der Käufer noch Versandanweisung erteilen muß, dem Käufer erst am Nachmittag des letzten Tags an, so gerät der Käufer nicht in Annahmeverzug. Er darf für die Versandanweisung eine billige Frist in Anspruch nehmen, und wenn er sich auch mit Rücksicht auf die außerordentlichen Verhältnisse etwas beeilen muß, so steht ihm doch eine Frist von einem Tage jedenfalls zu.

§ 296.

Dresden 30. 6. 16, LeipzZ. 17, 615. Der Käufer, der die gekaufte Ware nach und nach in Teilen bis zu einem bestimmten Tage abzurufen hat und dies nicht tut, kommt spätestens mit diesem Tage mit seiner Verpflichtung zum rechtzeitigen Abruf in Verzug.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305.

1. **RG.** 12. 12. 16, BankA. 16, 197, R. 17 Nr. 1012. Dadurch, daß eine Bank Diskontierungsgeschäfte mit dem Empfänger eines Wechsels abschließt, kommt ein Geschäftsverkehr, ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Akzeptanten der Wechsel nicht zustande. Fraglich mag sein, ob ein Akzeptant eines Wechsels dadurch, daß er ihn in Umlauf setzt, und sich so am Wechselverkehr beteiligt, sämtlichen Wechselnehmern gegenüber die Verpflichtung übernimmt, ihnen auf Anfrage über die Echtheit des Akzeptvermerks Auskunft zu geben. Selbst wenn die Begebung des Akzepts eine derartige Mitteilungspflicht nach sich ziehen sollte, so fehlt es jedenfalls an einer Grundlage für die Annahme eines solchen Vertragsverhältnisses in bezug auf gleichlautende Wechsel, die der erste Empfänger des ersten Akzepts im Wege der Fälschung des Akzeptvermerks hergestellt und in Umlauf gebracht hat. Erst wenn der auf einem solchen gefälschten Akzepte stehende Bezogene die ihm an sich nicht obliegende Mitteilung übernimmt und einem Wechselnehmer die Echtheit des Akzepts auf Anfrage bestätigt, entsteht zwischen ihm und dem Anfragenden ein Vertragsverhältnis, das dem Bezogenen die Haftung für die Echtheit aufbürdet (**RG.** 82, 337).

2. **RG.** 3. 7. 17, R. 17 Nr. 1572. Eine Voraussetzung, von der die Parteien beim Vertragsschlusse ausgingen, kann rechtliche Bedeutung nur dann beanspruchen, wenn sie als stillschweigende Vertragsbedingung gewollt ist (**RG.** 62, 267; 66, 132).

3. Silberschmidt, Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse, BayRpflZ. 16, 369. Die Schuldverhältnisse aus Verträgen sind einzuteilen in Dauerschuldverhältnisse, die auf ein dauerndes Tun und Unterlassen oder auf wiederkehrende Leistungen gerichtet sind, und in einmalige oder vorübergehende Schuldverhältnisse. Welche zu den Dauerschuldverhältnissen gehören, welche nicht, wird im einzelnen angegeben. Sodann wird erörtert, welche Grundsätze in den für das Dauerverhältnis bezüglichen Fragen anzuwenden sind. Schließlich werden noch anderweite bürgerlichrechtliche Folgen der Einteilung behandelt, z. B. die Frage nach dem Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Erfüllung, der Unmöglichkeit der Schulderfüllung, der Anwendung der Grundsätze des Verzugs und der Unmöglichkeit bei zeitweilig unvollständiger Leistung, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Unterlassungsverpflichtung.

§ 306.

1. **RG.** 16. 2. 17, R. 17 Nr. 592. Das auf einer Teilfläche des Pachtgrundstücks haftende dingliche Schwerspatgewinnungsrecht für einen Dritten begründet höchstens

ein von dem Verpächter zu vertretendes Leistungsunvermögen, keinesfalls die Nichtigkeit des Pachtvertrags nach § 306.

2. **RG.** 14. 11. 16, R. 17, 30. Die verkaufte Ware kann, wenn sie auch zur Zeit des Vertragsschlusses nicht zu haben ist, doch mit Rücksicht auf die bestehende Möglichkeit demnächstiger Einfuhr solcher Ware als Vertragsgegenstand für eine spätere Lieferung in Betracht kommen.

3. **RG.** 20. 3. 17, R. 17, 267, WarnE. 17, 147. Wenn die Ausfuhr der verkauften Ware nach Österreich nicht zur Vertragsbedingung des Kaufvertrags gemacht worden ist, den eine deutsche Firma als Verkäuferin mit einer österreichischen abgeschlossen hat, dann kann von der Anwendbarkeit des § 306 keine Rede sein, wenn die Ware unter das Ausfuhrverbot der VO. v. 31. 7. 14 (RGBl. 259) fällt.

4. Jaffé, Der Einfluß von Einfuhrverboten auf die Vertragspflicht inländischer Verkäufer gegenüber inländischen Käufern, R. 17, 89. Werden im Auslande lagernde Waren verkauft, und bestand das Einfuhrverbot schon zur Zeit des Vertragsschlusses, dann ist der Vertrag nach § 306 nichtig. Doch ist der Verkäufer verpflichtet, alle erdenklichen Schritte zu unternehmen, um eine Beseitigung des Einfuhrverbots oder eine ausnahmsweise Einfuhrerlaubnis zu erzielen. Gelingt ihm dies bis zum Lieferungstermin, dann darf er die Leistung nicht unter Berufung auf § 306 verweigern. Im Regelfalle wird eine Auslegung dahin erfolgen können, daß der Vertrag wenigstens für den Fall geschlossen sei, daß die Leistung, wenn sie auch im Zeitpunkte des Vertragsschlusses nicht möglich war, im Zeitpunkt der Lieferungspflicht möglich geworden ist (§ 308); doch gilt dies nicht, wenn die Parteien die Leistung für eine sofort mögliche gehalten haben.

5. Hamburg 18. 1. 17, R. 17, 225. Ein Kaufvertrag über Waren, die bereits durch BRVO. v. 24. 6. 15 beschlagnahmt sind, ist nicht nichtig, wenn die Parteien zwar die Beschlagnahme gekannt, aber damit gerechnet haben, daß die Waren auf Grund von Verhandlungen mit dem Kriegsministerium wieder freigegeben werden würden. Das Geschäft ist dann durch die nachträgliche Zustimmung des KM. bedingt.

6. **RG.** 2. 1. 17, R. 17, 121. Die Übertragung der Herstellung von Schießbedarf für die deutsche Heeresverwaltung an eine unter deutschen Gesetzen stehende GmbH. mit deutschem Sitz, deren Geschäftsführer und hauptbeteiligte Gesellschafter feindliche Staatsangehörige sind, ist nicht unmöglich. Denn es lassen sich Einrichtungen treffen, sei es durch die Beteiligten selbst, sei es durch staatlichen Zwang, vermittels welcher jede Kenntnisnahme der feindlichen Staatsangehörigen von den Einzelheiten der Fabrikation und jeder Einfluß derselben auf die Bearbeitung ausgeschaltet werden können.

§ 308.

Siehe § 306, 4.

§ 310.

Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32. § 310 kann auch bei Sicherungsübereignungen anwendbar sein (94, 111).

§ 311.

1. **RG.** 4. 12. 16, R. 17 Nr. 362, WarnE. 17, 65, ZBlFG. 17, 519. Ein Vertrag, der die Veräußerung eines einzelnen Vermögensstücks oder einer Mehrheit von solchen zum Gegenstande hat, wird durch § 311 nicht berührt, auch wenn die einzelnen veräußerten Gegenstände (Geschäft mit Inventar) tatsächlich das ganze Vermögen des Veräußerers ausmachen und die Beteiligten sich dessen bewußt sind (**RG.** 69, 420). Allerdings schließt die Aufzählung der einzelnen veräußerten Vermögensstücke im Vertrage noch nicht unbedingt aus, daß die Veräußerung des Vermögens in seiner Gesamtheit den Vertragsgegenstand hat bilden sollen; dazu ist aber erforderlich, daß ein hierauf gerichteter Wille aus dem Vertrage hervorgeht (**RG.** 76, 1). Die Tatsache, daß die veräußerten Gegenstände unter einem Gesamtnamen bezeichnet sind, läßt sich für die Annahme, daß das gesamte Vermögen des Veräußernden den Vertragsgegenstand bilden solle, nicht verwerten.

2. BauersZ. 24, 97. Ein Vertrag, durch den ein Geschäft samt Inventar verkauft wird, unterliegt nicht der Formvorschrift des § 311, auch wenn der Kaufgegenstand tatsächlich das ganze Vermögen des Veräußerers ausmacht. Da unter dem verkauften Geschäft ein Inbegriff bestimmter Sachen und Rechte zu verstehen ist, diese sich auch nach ihrer Zugehörigkeit zu dem Geschäft oder dem Inventar ohne weiteres bestimmen lassen, liegt die Sache nicht anders, als wenn die veräußerten Gegenstände im Vertrage einzeln aufgeführt worden wären (**RG.** 69, 420).

§ 313.

1. a) **RG.** 9. 6. 17, R. 17 Nr. 1799. Als Inhalt des Vertrags kommt nur das in Betracht, was als das schließliche endgültige Ergebnis der Verhandlungen sich darstellt. Ist dies in der notariellen Urkunde niedergelegt, dann ist der Vertrag formgültig. Wenn die Beteiligten die anfänglichen Vereinbarungen über die Höhe der Kaufpreise in zusammenhängenden Verträgen unmittelbar vor der Beurkundung geändert haben, so bedeutet das nicht geflissentlich unwahre zu niedrige Angabe der Preise.

b) Stuttgart 26. 1. 17, R. 17 Nr. 576, ZBlFG. 17, 520. Eine falsche Wertangabe zwecks Ersparnis der Steuer macht einen Tauschvertrag nicht ungültig. Der ursprünglich zwischen den Parteien getroffene anderslautende Wertanschlag ist nicht etwa einer Eigenschaft der Sache gleichzustellen; er enthält auch keine Zusicherung oder Garantie; seine Bedeutung erschöpft sich darin, daß er die Grundlage der Tauschaufgeldsberechnung bildet. Dagegen würde eine falsche Wertfestsetzung die Ungültigkeit des Tauschvertrags herbeiführen, wenn das hierdurch geschaffene Ergebnis dem wirklichen Willen der Beteiligten nicht entspräche, z. B. wenn die im schriftlichen Vertrag getroffene Wertfestsetzung eine dem wahren Willen der Beteiligten nicht entsprechende Verschiebung der gegenseitigen Leistungen zur Folge hätte (vgl. JDR. 14 IV 6).

2. BayObLG. 9. 10. 16, BayRpflZ. 17, 25, DJZ. 17, 142, R. 17 Nr. 2075. Der Partei, die behauptet, daß ein Grundstücksveräußerungsvertrag so, wie er beurkundet sei, der Vereinbarung nicht entspreche, steht nur der Weg der Anfechtung offen; einen Anspruch auf Berichtigung und Änderung der Vertragsurkunde hat sie dagegen gegen die Gegenpartei nicht.

3. Formzwang.

a) BayObLG. 9. 10. 16, BayRpflZ. 17, 25. Vorverträge über Grundstücksveräußerungsgeschäfte unterliegen der Form des § 313.

b) BayObLG. 9. 10. 16, BayRpflZ. 17, 25. Der die Einräumung eines Vorkaufsrechts betreffende schuldrechtliche Vertrag bedarf der Beurkundung in der Form des § 313.

c) Hamburg 14. 7. 16 — JDR. 15 II 2 — btr. Vertrag über die Verpflichtung des Eigentümers einer Gesellschaft gegenüber zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken auf Dritte, abgedruckt auch: OLG. 33, 215.

d) α. **RG.** 13. 3. 17, BayNotZ. 54, 367, LeipzZ. 17, 972, R. 17 Nr. 787, WarnE. 17, 174. Stellt die Vollmacht zum Verkauf eines Grundstücks nach den besonderen Umständen des Falls, namentlich auch mit Rücksicht auf den Verzicht auf Widerruf, nur einen unselbständigen Bestandteil der materiellen Abmachungen der Parteien dar, welche u. a. zum wesentlichen Inhalte haben, daß der Bevollmächtigte auch das Verfügungsrecht über das Grundstück des Vollmachtgebers haben soll, dann ist die Vollmacht der Eingehung einer Verpflichtung des Vollmachtgebers zur Veräußerung des Grundstücks gleichzustellen und unterliegt der Formvorschrift des § 313 (vgl. JDR. 14, II 5).

β. **RG.** 9. 10. 17, R. 17 Nr. 1970. Eine von dem Aussteller für sich und seine Erben abgegebene, auf längere Zeit unwiderrufliche und die Gestattung des § 181 enthaltende Verkaufsvollmacht ist in Wirklichkeit ein unauflöslicher Teil des materiellen Grundgeschäfts, eine verschleierte Verkaufsofferte (**RG.** 76, 182, JW. 11, 806).

γ. LG. Konstanz 7. 11. 16, ZBlFG. 17, 520. Eine den Grundstücksveräußerungs-

vertrag bis ins einzelne festlegende Privatvollmacht ist nicht imstande, die Urkunde behufs Errichtung des Kaufvertrags nach § 313 zu ersetzen.

e) Kiel 22. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 203. Das in einer privatschriftl. Urkunde enthaltene Versprechen einer Entschädigung für den Fall, daß es nicht zur Vollziehung eines Grundstückskaufvertrags kommen würde, ist mangels Wahrung der Form des § 313 nichtig, mag es als Vereinbarung einer Vertragsstrafe oder als Schadensersatzzusage aufzufassen, und mag unter „Nichtvollziehung des Vertrags" die Nichterfüllung des Verkaufsangebots oder das Nichtzustandekommen eines formgültigen Kaufvertrags zu verstehen sein (vgl. **RG.** 53, 236; 67, 42, WarnE. 13, 221).

4. **RG.** 30. 12. 16, WarnE. 17, 144. Die mündlich erfolgte Zusicherung einer Eigenschaft wird durch die Auflassung nur dann geheilt, wenn diese auf Grund des die Zusicherung umfassenden Kaufvertrags erfolgt, wenn also beide Teile auch bei der die Zusicherung darstellenden Vereinbarung noch zur Zeit der Auflassung stehen geblieben sind (**RG.** 52, 4; 65, 392, GruchotsBeitr. 51, 929; 57, 946).

5. Stuttgart 26. 1. 17, R. 17 Nr. 577, ZBlFG. 17, 521. Die Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrags wegen Nichtwahrung der Form des § 313 verstößt nicht gegen Treu und Glauben, weil die Nichtigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist, sobald sie sich aus dem Parteivorbringen ergibt. Deshalb darf sich auf die Nichtigkeit gegenüber der Klage des Verkäufers auf den Kaufpreis auch der vermögenslose Käufer berufen, der das Grundstück nicht zurückgeben kann, weil er es weiterveräußert hat.

§ 315.

1. **RG.** 17. 2. 17, R. 17 Nr. 578, WarnE. 17, 369. § 315 umfaßt auch den Fall, daß die Überlassung der Bestimmung durch einen Vertragschließenden sich nicht auf die Leistung in ihrer Gesamtheit, sondern nur auf etwas zur Leistung Gehöriges bezieht, wie z. B. was aus einem größeren Ganzen Vertragsgegenstand sein soll (**RG.** 64, 116).

2. **RG.** 13. 3. 17; 90, 27, JW. 17, 596, R. 17, Nr. 1013. § 315 enthält dispositives Recht; er schließt nicht aus, daß nach der der Natur der Sache zu entnehmenden Absicht der Beteiligten der Eintritt der Fälligkeit einer hinsichtlich des Zeitpunkts der Bewirkung in das billige Ermessen des Schuldners gestellten Leistung und die davon abhängige Geltendmachung der Verzugsfolgen im Streitfalle nicht bedingt sind durch einen besonderen Ausspruch des Richters, sondern der richterlichen Beurteilung nur insofern unterliegen sollen, als nachzuprüfen ist, ob der Schuldner in der richtigen Weise von dem Ermessen Gebrauch gemacht hat. Diese Auffassung wird in einer Handelssache regelmäßig die allein berechtigte sein. Bei solchen Sachen würde es zu einer mit den Bedürfnissen des Verkehrs unerträglichen Hemmung der Abwicklung des Geschäfts führen, wenn man die Geltendmachung von Verzugsfolgen und namentlich das Vorgehen nach § 326 erst zulassen wollte, nachdem im Prozeßwege die Fälligkeit festgestellt ist.

3. Kiel 19. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 73. Die Bestimmung in einem mit dem Reichsmarinefiskus abgeschlossenen Anstellungsvertrag, daß für außergewöhnliche Leistungen mit Genehmigung des RMA. außerordentliche Vergütungen gewährt werden können, ist dahin auszulegen, daß zwar die Bestimmung der außerordentlichen Vergütung von dem freien — nicht dem billigen — Ermessen des RMA. abhängt, daß aber, wenn das RMA. die Leistung bestimmt hat, diese auch geschuldet wird. Die Gültigkeit solcher von dem freien Willen des einen Teils abhängiger Geschäfte ist anzuerkennen (vgl. **RG.** 67, 45; 72, 385, WarnE. 11, 185.)

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

§ 320.

1. a) **RG.** 16. 6. 17, LeipzZ. 17, 1124 I, WarnE. 17, 429. Begriffsmäßiges Erfordernis eines gegenseitigen Vertrags ist nur, daß durch ihn Verpflichtungen auf zwei Seiten begründet werden, und zwar auf jeder der beiden Seiten mit Rücksicht auf die auf

der anderen Seite begründete Verpflichtung, so daß Leistung und Gegenleistung in einem Abhängigkeitsverhältnisse zueinander stehen. Nicht erforderlich ist dagegen, daß die Gegenleistung an den zu bewirken ist, dem die Leistung obliegt, und umgekehrt. Gegenstand der Verpflichtung auf der einen oder anderen Seite kann vielmehr auch die Leistung an einen Dritten sein (**RG.** 65, 48). Verträge zugunsten Dritter mit der in § 328 Abs. 1 bezeichneten Folge werden sehr häufig gegenseitige Verträge sein.

b) *Höniger, Gemischte Verträge I, 188—267. Eingehende Erörterungen über den Begriff Synallagma, sowie aller Entgeltlichkeitstatbestände, insbesondere auch der Unentgeltlichkeit.

2. KG. 21. 2. 17, KGBl. 17, 58. Bei gegenseitigen Verträgen tritt das Weigerungsrecht aus § 320 an Stelle des in § 273 geregelten allgemeinen Zurückbehaltungsrechts.

3. **RG.** 18. 10. 16, R. 16 Nr. 2076. Der Verkäufer, der wegen Verzugs des Käufers mit der Zahlung des Kaufpreises einen Schadensersatzanspruch hat, kann wegen seiner Schadensersatzforderung die Rechte aus § 320 auch ausüben, wenn ihm nachträglich der Kaufpreis selbst gezahlt worden ist.

4. Colmar 20. 3. 16, ElsLothJZ. 17, 96. Beim Sukzessivlieferungsgeschäft kann der Verkäufer die Restlieferung verweigern, solange der Käufer den fälligen Kaufpreis der früheren Lieferungen nicht bezahlt hat. Er kann daher solange auch durch die Verweigerung der Restlieferung mit dieser nicht in Verzug geraten, und solange ist der Käufer nicht berechtigt, die Annahme der Restlieferung aus § 326 abzulehnen.

5. Hamburg 12. 3. 14, OLG. 33, 219. § 320 ist auch anwendbar, wenn mangelhaft geleistet, die Gegenleistung also nicht vollständig und somit nur teilweise erfüllt worden ist. — Die Zurückhaltung eines die Kosten der Beseitigung des Mangels erheblich übersteigenden Betrags verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn infolge der Mangelhaftigkeit der gelieferten Maschine und der Gefährlichkeit der Einrichtung Unfälle und damit verbundene Ersatzansprüche zu besorgen sind, deren Höhe nicht vorauszusehen ist.

6. a) **RG.** 8. 3. 17, R. 17 Nr. 1014, WarnE. 17, 205. Da § 320 lediglich eine aufschiebende Einrede i. S. des § 202 Abs. 1 gewährt, die niemals zu einer endgültigen Abweisung der die Erfüllung begehrenden Partei führen kann, ist eine Berufung auf diese Vorschrift ausgeschlossen, wenn der die Erfüllung verlangenden Partei die ihr obliegende Gegenleistung, gleichviel aus welchem Grunde, endgültig unmöglich ist. Denn in einem solchen Falle ist für eine aufschiebende Einrede und für den Erlaß einer die Verurteilung des Gegners Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung aussprechenden Entscheidung i. S. des § 322 kein Raum, da die Gegenleistung nicht mehr bewirkt werden kann (**RG.** 58, 173, WarnE. 08, 484).

b) Karlsruhe 7. 11. 16, BadRpr. 17, 35. Der Käufer, der schon vor Erhebung der Klage auf Zahlung des Kaufpreises die Annahme der Ware endgültig abgelehnt hat, kann nicht mehr geltend machen, daß er die ihm obliegende Zahlung bis zur Bewirkung der Lieferung der Ware verweigern dürfe (**RG.** 58, 173). Es kann deshalb auch die Wirkung, daß er nur zur Zahlung Zug um Zug gegen die Lieferung verurteilt werde, nicht mehr eintreten.

7. Vgl. auch § 634, 4 und § 641, 3.

§ 321.

Dresden 9. 7. 16, SeuffA. 72, 11. Der Gläubiger ist nach § 321 nicht berechtigt, ohne vorzuleisten, Vorleistung des Schuldners oder Sicherstellung seiner Forderung zu verlangen (vgl. JDR. 14, § 321, 1 und 15, § 321, 4).

§ 323.

1. KG. 1. 6. 15, OLG. 33, 221. Ist durch den Ausbruch des Kriegs demjenigen, der gewisse Arbeiten für einen Neubau im feindl. Auslande übernommen hat, die weitere Ausführung und die Vollendung der Arbeiten während der Dauer des Kriegs und mindestens noch eine geraume Zeit nach Friedensschluß unmöglich geworden, dann

liegt rechtlich die dauernde Unmöglichkeit der Vollendung der Arbeiten vor. Vorübergehende Unmöglichkeit ist nur gegeben, wenn der Wegfall der Unmöglichkeit im Verlauf der Erfüllungszeit nicht außer der vernünftigen Berechnung liegt.

2. LG. Stendal (?), NaumburgAK. 17, 5. § 323, insbesondere auch Abs. 3, ist anwendbar, wenn nach der Übereignung des Anbauerhofs die im Überlassungsvertrage festgesetzte Altenteilsleistung ganz oder teilweise unmöglich wird, weil infolge der Kriegsverordnungen die Lieferung der im Vertrage vorgesehenen Lebensmittel teils ganz, teils in den vereinbarten Mengen verboten ist.

3. Kleeis, Auflösung des Lehrvertrags bei Unmöglichkeit der Beschaffung des Lebensunterhalts für einen Lehrling, GewuKfmG. 22, 166. Zugunsten des Lehrlings ist § 323 anzuwenden, wenn es den Eltern des Lehrlings unmöglich ist, von ihren Einnahmen den Lehrling zu unterhalten, der Lehrherr ein ausreichendes Kostgeld nicht zahlt und eine Erhöhung desselben ablehnt. — Hiergegen: Schulz, GewuKfmG. 22, 187.

4. Im übrigen siehe bei § 275, wegen des Kaufvertrags auch § 433 II 6, wegen des Mietvertrags § 535 I 4, II, wegen des Dienstvertrags § 616, 1, wegen des Werkvertrags § 631 III 2.

§ 325.

Wegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung siehe § 326 XII.

§ 326.

I. Allgemeines.

1. Anwendungsgebiet.

a) **RG.** 11. 10. 16, R. 17 Nr. 790. § 326 findet bei gegenseitigen Verträgen, selbst bei gemischten, Anwendung, soweit das Gesetz nicht, wie z. B. bei Dienst- und Werkverträgen, eine anderweite Regelung getroffen hat (JW. 12, 73, GruchotsBeitr. 53, 943). Dem Verkäufer steht ein Rücktrittsrecht aus § 326 nur dann nicht zu, wenn er den Vertrag zwar erfüllt, das Kaufgeld aber gestundet hat (GruchotsBeitr. 60, 312).

b) *α*. **RG.** 16. 1. 17; 89, 333, LeipzZ. 17, 461. Bei Gesellschaften, die schon zur Ausführung gelangt sind, werden die Bestimmungen über den Rücktritt (§§ 325, 326) durch die Vorschrift des § 723 über Kündigung aus wichtigen Gründen, die sich als Sondergesetz darstellt, ausgeschlossen (**RG.** 81, 303). Das gilt nicht nur bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, sondern auch bei der o. HGes. (§ 133 Abs. 2 HGB., §§ 325, 326 BGB.).

β. **RG.** 6. 2. 17; 89, 398, LeipzZ. 17, 457. Ein Rücktritt mit rückwirkender Kraft (§ 326) ist bei zur Ausführung gebrachten Gesellschaften rechtlich nicht zulässig.

γ. **RG.** 20. 2. 17, HoldheimsMSchr. 17, 107, R. 17 Nr. 583, WarnE. 17, 453. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag unterstehen nicht dem § 326, sondern der Sonderbestimmung des § 723 (**RG.** 81, 303, LeipzZ. 09, 931). Ein Gesellschafter kann um deswillen, weil sein Mitgesellschafter die Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrage nicht erfüllt, weder vom Vertrage zurücktreten noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern; er ist vielmehr auf das Kündigungsrecht des § 723 und daneben auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Verpflichtung zum Schadensersatz angewiesen (vgl. §§ 276ff.).

2. Verhältnis zu den übrigen Verzugsvorschriften.

München 14. 6. 16, OLG. 33, 228. Durch die Fristsetzung des § 326 werden die Tatsachen des bestehenden Verzugs und dessen allgemeine Rechtsfolgen nicht berührt. Nur wird die Verzugsfolge des § 286 Abs. 1 bei gegenseitigen Verträgen durch das Verfahren nach § 326 ersetzt und aufgezehrt, wenn der Verzug zur vollständigen Nichterfüllung geführt hat. Im übrigen gewährt § 326 nur die Möglichkeit, ohne jede weitere Begründung als die Fristversäumnis selbst nunmehr die Leistung abzulehnen. Wird nicht nach § 326 verfahren oder führt dies Verfahren nicht zum Ziele, dann fällt lediglich die Möglichkeit dieser Erfüllungsablehnung; offen bleibt aber, auf Grund der allgemeinen Verzugsfolgen (außer § 286 Abs. 1) die Annahme der Leistung aus besonderen Gründen abzulehnen,

z. B. auf Grund der §§ 283, 286 Abs. 2, 280, und die Rechte aus §§ 287, 325 geltend zu machen.

3. Nachgiebiges Recht.

a) **RG.** 21. 9. 17, LeipzZ. 17 1325. § 326 ist nachgiebigen Rechts und kann durch Vereinbarung der Parteien ausdrücklich, unter Umständen auch stillschweigend ausgeschlossen werden.

b) **RG.** 27. 4. 17, R. 17, Nr. 1237. Auch, daß der Rücktritt vom Vertrage als mögliche Folge des Verzugs an die Bedingung einer Nachfrist geknüpft ist, kann durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden.

c) Hamburg 29. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 44. Eine zulässige Vereinbarung über Ausschaltung der Regel des § 326 liegt vor, wenn Anfang Dezember 1914 ein Kauf über Kakaopulver mit der Abladeklausel „die Ware ist innerhalb der nächsten Woche ab Amsterdam zu verladen" geschlossen wird.

4. Voraussetzung der Vertragstreue des Gläubigers (JDR. 14, 1).

a) **RG.** 17. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 44. Eine Nachfrist kann die Rechte aus § 326 nur demjenigen Gläubiger verschaffen, der sich selbst auf den Boden der Vertragstreue stellt. Der Gläubiger, der die ihm obliegende ordnungsmäßige Erfüllung des Vertrags verweigert, auf den seine Nachfristbestimmung sich bezieht, hat die Rechte aus § 326 nicht.

b) **RG.** 24. 4. 17, LeipzZ. 17, 960. Der Gläubiger kann aus der positiven Vertragsverletzung des Schuldners das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht herleiten, solange er sein vorausgegangenes eigenes vertragswidriges Verhalten aufrecht erhält.

c) **RG.** 28. 9. 17, R. 17 Nr. 1805. Der Gläubiger, der vertragswidrige Bedingungen gestellt, und dem gegenüber der Schuldner deshalb seinen Rücktritt vom Vertrage ausgesprochen hat, kann, selbst wenn dieser Rücktritt unberechtigt ist, aus dieser etwaigen Vertragsuntreue des Schuldners einen Schadensersatzanspruch nicht herleiten, solange er sich nicht selbst wieder auf den Standpunkt der Vertragstreue gestellt hat (**RG.** 67, 313).

d) **RG.** 9. 5. 16, WarnE. 17, 66. Der Gläubiger, der mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug ist, kann als selbst vertragsuntreuer Teil die Umwandlung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses in einen ihm zustehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht herbeiführen. Dies gilt sowohl dann, wenn der Anspruch unmittelbar aus § 326 abzuleiten wäre, wie auch dann, wenn — bei der positiven Vertragsverletzung — § 326 nur entsprechende Anwendung zu finden hätte.

e) **RG.** 20. 3. 17, R. 17 Nr. 1016. Wer wissentlich vereitelt, daß sein Vertragsgegner den von ihm mit dem Vertrage verfolgten Zweck erreicht, kann nicht verlangen, daß der Gegner die noch ausstehende Leistung annimmt, die für ihn zweck- und interesselos geworden ist. Er kann deshalb auch, wenn letzteres geschieht, nicht nach § 326 gegen den Gegner vorgehen.

f) **RG.** 17. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 44, R. 17 Nr. 25. Durch die Bestimmung einer Nachfrist gibt der Gläubiger zu erkennen, daß die Verhältnisse nicht so liegen, daß ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses überhaupt nicht mehr zuzumuten ist.

5. Haupt- und Nebenverpflichtung. Absatz 1 Satz 3.

a) Kiel 13. 4. 16, SchlHolstAnz. 16, 181. Die Nichtabnahme einer gekauften beweglichen Sache durch den Käufer verleiht die Befugnisse des § 326 regelmäßig nicht, da die Abnahme regelmäßig nicht Hauptleistung oder Teil einer Hauptleistung ist. § 326 ist nur anwendbar, wenn die Abnahmepflicht nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls als Hauptleistungspflicht anzusehen ist. Letzteres könnte z. B. dann angenommen werden, wenn vereinbart ist, daß es auf Abnahme der Ware gerade zu einem festen, von dem Verkäufer zu bestimmenden Zeitpunkt ankomme, weil er sein Lager für neue Waren frei haben wolle, oder weil die Ausnutzung der infolge des Krieges knappen und unregelmäßig gestellten Eisenbahnwagen unter allen Umständen geboten sei.

b) Karlsruhe 23. 5. 16, BadRpr. 17, 112. Ist nicht eine Ware verkauft, die der

Verkäufer auf Lager hat, sondern eine solche, die er in eigens dafür hergestellten Kesselwagen bei dem Erzeuger abzuholen und dem Käufer leihfrei zuzuführen hat, dann kommt der Abnahmepflicht des Käufers die Bedeutung ei er Hauptverpflichtung zu.

c) α. Stuttgart 8. 5. 17, R. 17 Nr. 1226. Die Verpflichtung des Käufers zum Abruf ist regelmäßig nur Nebenverpflichtung. Ihre Nichterfüllung kann dann nicht zu einem Leistungsverzug des Käufers und zur Anwendung des § 326 führen.

β. Hamburg 9. 10. 16, OLG. 34, 30. Ist eine von dem Käufer abzurufende Ware unter der Klausel „Kasse gegen Duplikatfrachtbrief bzw. Lieferschein bei AG. Hamburg" verkauft, dann hängen Abruf und Abnahme, auch Annahme der Ware sowie die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises so eng zusammen, daß die Verpflichtung zum Abruf als ein die Anwendung des § 326 rechtfertigender Teil der dem Käufer obliegenden Hauptleistung zu erachten ist.

d) Chone, Die Zusicherung einer noch nicht vorhandenen Eigenschaft, insbesondere die Rechte des Käufers bei Nichteintritt der Eigenschaft, GruchotsBeitr. 61, 199, 206. Im Falle des Verzugs des Käufers mit einer Nebenverbindlichkeit ist — im Gegensatz zu Staub, HGB., Exkurs zu § 374 Anm. 162ff. — das Vorliegen einer Teilerfüllung und somit die Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 3 anzunehmen. Diese Bestimmung ist daher auch anzuwenden, wenn der Verkäufer zwar im übrigen den Kaufvertrag erfüllt, aber die von ihm zugesicherte, bei dem Vertragsschlusse noch nicht vorhanden gewesene Eigenschaft der Kaufsache nicht herstellt (vgl. § 459 II 9).

II. Verzug.

1. **RG.** 8. 12. 16, R. 17 Nr. 185, WarnE. 17, 68. Die Wirksamkeit der Fristbestimmung setzt nach § 326 den Verzug des Schuldners und damit die Fälligkeit der Leistung voraus, und zwar eben der Leistung, die unter Bestimmung der Frist verlangt wird.

2. **RG.** 14. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 45, R. 17 Nr. 23. Voraussetzung der Wirksamkeit der Fristsetzung ist regelmäßig der bereits eingetretene Verzug des Schuldners. Wenn jedoch die Nachfristerklärung am letzten Tage einer Monatsfrist der Post übergeben wird und noch an demselben Tage dem Schuldner zugeht, dann ist eine Wiederholung der in berechtigter Erwartung der Nichterfüllung am Reste des letzten Tags abgegebenen Erklärung zur Auslösung der Folgen gemäß § 326 nicht erforderlich.

3. Stuttgart 11. 4. 16, WürttJ. 28, 149. Grundsätzlich kann die Nachfrist erst nach Eintritt des Verzugs gesetzt werden. Indessen kann sie schon mit der den Verzug erst begründenden Mahnung verbunden werden, und darüber hinaus ist für besonders liegende Fälle auch das Recht anzuerkennen, daß die Nachfrist auch schon vor Eintritt der Fälligkeit und des Verzugs gesetzt werden kann, natürlich mit der Maßgabe, daß die Nachfrist erst mit dem Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnt (R. 14 Nr. 753).

4. **RG.** 11. 10. 16, R. 17, Nr. 791, WarnE. 17, 19. Die Fristsetzung kann mit der Mahnung verbunden werden (**RG.** 50, 262, JW. 10, 332).

5. Colmar 20. 3. 16, ElsLothJZ. 17, 96. Die Setzung einer Nachfrist in dem Schreiben, in dem der Käufer die Ware erst abruft, ist verfrüht, weil der Verkäufer sich in diesem Zeitpunkt noch nicht im Verzuge befindet.

6. **RG.** 29. 9. 16 — JDR. 15 II 2b — btr. Bedeutung der Erfüllungszeit bei Nichtfixgeschäften, abgedruckt auch: JW. 17, 42, SeuffA. 72, 147.

III. Positive Vertragsverletzung.

1. a) **RG.** 12. 1. 17, LeipzZ. 17, 872, WarnE. 17, 118. Nicht jede positive Vertragsverletzung berechtigt zum Rücktritt vom Vertrage, vielmehr muß die Vertragsverletzung sich als so wesentlich darstellen, daß nach der Natur des Vertragsverhältnisses und den Umständen des Falls dem vertragstreuen Teile die Fortsetzung des Vertrags billigerweise nicht zugemutet werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn ein geliefertes Ausfallmuster nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist, und es für den Käufer ein Kleines ist, dies

dem Verkäufer mitzuteilen und auf alsbaldiger Lieferung eines vorschriftsmäßigen Musters zu bestehen (siehe auch unten III 8).

b) Ebenso: **RG.** 26. 1. 17, R. 17 Nr. 1236.

c) Karlsruhe 7. 11. 16, BadRpr. 17, 35. Ein Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung besteht nur dann, wenn diese geeignet ist, den ganzen Vertragszweck zu gefährden.

2. **RG.** 12. 1. 17, HoldheimsMSchr. 17, 182, LeipzZ. 17, 872, WarnE. 17, 118. Zum Begriffe der positiven Vertragsverletzung gehört eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten. Ebenso: **RG.** 26. 1. 17, R. 17 Nr. 1236.

3. **RG.** 22. 6. 17, WarnE. 17, 374. Der Satz, daß nur bei andauernd mangelhafter Lieferung, die einen Schluß auf Fortsetzung gleichartiger (mangelhafter) Lieferung begründe, das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung gegeben sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig; sondern es kann auch eine einmalige Vertragsverletzung unter Umständen, nach dem Umfange, der Schwere, der größeren oder geringeren Verbesserungsfähigkeit der Mängel usw. ausreichend erscheinen.

4. **RG.** 6. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 207. Der Grundsatz, daß bei gegenseitigen Verträgen bei positiven Vertragsverletzungen des einen Teils, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, der andere Teil unter entsprechender Anwendung des § 326 vom Vertrage zurücktreten kann (**RG.** 67, 5), ist auch auf solche Verträge anzuwenden, in denen es sich um die Verpflichtung zu einer nur einmaligen Leistung handelt, wenn durch das Verhalten des zur Leistung verpflichteten Teils die Erreichung des Vertragszwecks bewußt und vorsätzlich gefährdet wird, wenn also die Verletzung so wesentlich ist, daß dem vertragstreuen Teil das Stehenbleiben beim Vertrage nicht zugemutet werden kann.

5. **RG.** 10. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 293. Für die Frage, ob eine positive Vertragsverletzung vorliegt, ist entscheidend, ob die dem Schuldner zur Last fallende Vertragsverletzung den Vertragszweck gefährdet, nicht dagegen, ob eine grob schuldhafte Verletzung vorliegt, oder ob das Verhalten des Schuldners gegen Treu und Glauben oder gegen die Anschauungen eines anständigen Geschäftsmanns verstößt.

6. **RG.** 2. 6. 17, R. 17, Nr. 408, WarnE. 17, 255. Weiß der Verkäufer, daß das von ihm zu liefernde Vieh zur Weidemast bestimmt ist, liefert er aber zu Weidezwecken ungeeignetes Vieh, so liegt darin eine so grobe Vertragswidrigkeit, ein so schwerer Verstoß gegen die Vertragspflichten, daß dadurch die Erreichung des Vertragszwecks, zumal bei der Besorgnis späterer Verfehlungen gleicher Art, gefährdet wird und dem Käufer das Recht erwächst, ohne Mahnung und Fristsetzung vom Vertrage zurückzutreten.

7. **RG.** 23. 3. 17, WarnE. 17, 204. Das Unterlassen der geforderten Abnahme der Ware und der Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer stellt sich nur als Verzug desselben dar; ein positiver Verstoß gegen die dem Käufer obliegenden Vertragspflichten liegt darin nicht.

8. a) **RG.** 5. 10. 17, R. 17 Nr. 1971. Sind die übersandten Ausfallmuster, die dazu bestimmt sind, die Beschaffenheit der künftig herzustellenden und zu liefernden Ware zu erkennen zu geben, nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit, so läßt sich daraus unter Umständen schließen, daß der Verkäufer nicht vertragsmäßig liefern will oder kann, und daraus kann dann ein Rücktrittsgrund hergeleitet werden (siehe auch oben III 1).

b) Hamburg 3. 6. 16, OLG. 34, 371. Die Übersendung von Ausfallmustern stellt eine rechtserhebliche Willenserklärung dar, durch die ausgedrückt wird, daß die zu liefernde Ware dem Ausfallmuster entsprechen werde. Der Käufer darf annehmen, daß die Ware so beschaffen sein wird, wie die Muster, und danach sein Verhalten einrichten.

9. Hamburg 18. 5. 15 — JDR. 14, 6b — btr. Auffassung einer Erklärung, nur noch gegen Barzahlung zu liefern statt der vereinbarten Annahme von Akzepten, als positive Vertragsverletzung — ist abgedruckt auch: OLG. 33, 222.

10. **RG.** 2. 6. 17, DJZ. 17, 899, WarnE. 17, 255, R. 17 Nr. 1801. Ist unter Würdigung aller Umstände anzunehmen, daß durch das Verhalten des Schuldners — dessen

positive Vertragsverletzung — die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet und damit das Rücktrittsrecht für den Gläubiger begründet ist, dann ist auch ein ausgesprochener Rücktritt für gerechtfertigt zu erachten, ohne daß es darauf ankommt, ob zunächst der Entschluß zum Rücktritt gerade durch die Vertragsverletzung und nicht etwa durch andere Gründe herbeigeführt worden ist. Deshalb kann das Rücktrittsrecht nachträglich zur Rechtfertigung der Erfüllungsverweigerung herangezogen werden, wenn dieser ursprünglich aus einem anderen Grunde erfolgt ist, ja selbst wenn das Bestehen des Rücktrittsrechts dem Weigernden damals noch gar nicht bekannt war (vgl. **RG.** 65, 56).

IV. Inhalt der Fristsetzung und Androhung.

1. **RG.** 17. 11. 16, R. 17 Nr. 24. Eine gehörige Nachfristbestimmung liegt nur vor, wenn die Frist gerade für die Leistung gesetzt wird, die der Gläubiger nach dem Vertrage zu beanspruchen hat.

2. Karlsruhe 19. 1. 15, OLG. 33, 224. Weigert sich der Schuldner nicht, überhaupt zu leisten, sondern nur an dem Orte zu leisten, an dem der Gläubiger Erfüllung verlangt, weil er den Vertrag in dieser Richtung anders auslegt wie der Gläubiger, dann muß dieser, um sich die Grundlage zum Rücktritt zu schaffen, eine angemessene Frist zur Bewirkung der dem Vertrage entsprechenden Leistung setzen und damit die Erklärung verbinden, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne.

3. Hamburg 15. 1. 17, R. 17 Nr. 581, SeuffA. 72, 181. Mit der Fristsetzung ist die Androhung der Ablehnung der Erfüllung nach Ablauf der Frist deutlich zum Ausdruck zu bringen (JW. 10, 12). Eine Fristsetzung ohne gleichzeitige Ablehnungserklärung kann nie die Wirkungen des § 326 nach sich ziehen. Eine entgegenstehende Auffassung in kaufmännischen Kreisen ist ohne Bedeutung.

4. a) **RG.** 19. 12. 16, R. 17 Nr. 186, WarnE. 17, 71. Eine Androhung, den säumigen Vertragsteil für den durch Nichteinhaltung der gesetzten „Nachlieferungsfrist" entstehenden Schaden verantwortlich zu machen, ist ausreichend, wenn sich aus dem Zusammenhange mit anderen Stellen des Schreibens — an denen z. B. gesagt ist, die Ware sei schon anderweit verkauft, und andere Ware könne nicht mehr angenommen werden, da die nach Ablauf der Lieferungszeit gesetzte Nachlieferungsfrist verstrichen sei — der Wille des Nichtsäumigen unzweideutig ergibt, nach Ablauf der Frist solle die Erfüllung ausgeschlossen sein und Schadensersatz wegen Nichterfüllung — nicht aber bloßer Verzugsschaden wegen verspäteter Lieferung — gefordert werden.

b) Karlsruhe 2. 5. 16, BadRpr. 17, 109. Die Erklärung des Gläubigers, er setze den Schuldner formell in Verzug, bewillige eine bestimmte Nachlieferungsfrist, behalte sich vor, sich auf Kosten des Schuldners einzudecken und mache diesen für allen entstandenen und noch entstehenden Schaden verantwortlich, entspricht dem § 326.

5. a) **RG.** 21. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 297. Aus der Erklärung des Gläubigers muß, wenn sie der Vorschrift des § 326 entsprechen soll, der Wille des Gläubigers deutlich erhellen, daß er nach Ablauf der Frist von dem Recht auf Erfüllung endgültig Abstand nehme; sie soll dem Schuldner Gewißheit über den endgültigen Entschluß des Gläubigers verschaffen. Die Erklärung, der Gläubiger behalte sich für den fruchtlosen Ablauf der Frist weitere Entschließungen hinsichtlich der Abnahme der Ware vor, mit dem Zusatze, er erachte sich dann an die vorliegende, dies betreffende Abmachung nicht mehr gebunden, ist nicht ausreichend; insbesondere läßt der Zusatz verschiedene Auslegungen zu.

b) **RG.** 27. 4. 17, HoldheimsMSchr. 17, 215, LeipzZ. 17, 854, R. 17 Nr. 1390. Eine dem § 326 genügende Fristbestimmung liegt nur vor, wenn gleichzeitig für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Frist unzweideutig und endgültig erklärt wird, daß die Entgegennahme der Leistung des säumigen Teils abgelehnt werde. Das trifft nicht zu, wenn der Verkäufer einen anderweitigen Verkauf der Ware nur in der Weise androht, daß er erklärt, er werde versuchen, die Ware sonst zu verkaufen, und wenn er zudem diese Er-

klärung bezüglich eines Teils der Ware noch einschränkt, indem er insoweit nur von einem „eventuellen" Versuche spricht.

c) Dresden 30. 11. 15, SächsOLG. 38, 286. Der bloße Vorbehalt, bei Nichteinhaltung der Frist den Vertrag annullieren oder Schadensersatz fordern zu wollen, der nichts weiter bedeutet, als daß der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist in Erwägung darüber eintreten will, ob er noch auf Erfüllung bestehen oder statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will, ist nicht ausreichend. Der Schuldner soll gerade durch den Gläubiger in keinem Zweifel darüber gelassen werden, daß nach Verstreichen der Nachfrist von der Erfüllung endgültig abgesehen wird.

d) Hamburg 30. 6. 14, OLG. 33, 225. Die von dem Verkäufer an den Käufer gerichtete Aufforderung, die Ware binnen 3 Tagen gegen Akzeptleistung abzunehmen, widrigenfalls sie sofort für Rechnung des Käufers anderweitig verkauft werden würde, enthält lediglich eine Androhung des Selbsthilfeverkaufs gemäß § 373 HGB. Eine Fristsetzung gemäß § 326 ist sie schon deshalb nicht, weil sie die hierfür unentbehrliche Kundgebung des Willens, die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abzulehnen, vermissen läßt, vielmehr ihrem Inhalt nach eine durch die Androhung des Selbsthilfeverkaufs verschärfte Mahnung zur Abnahme darstellt.

e) Königsberg 17. 4. 14, OLG. 33, 225 Anm. Die Erklärung des Käufers, daß er sich mit der Lieferung nicht länger als bis zu einem bestimmten Tage gebunden halte und bei Nichtlieferung den Verkäufer für allen daraus entstehenden Schaden verantwortlich machen wolle, entspricht nicht dem § 326. Denn sie läßt nicht ersehen, ob der Käufer eine kurz nach Fristablauf angebotene Leistung nicht doch noch angenommen hätte, und daß er mit dem entstehenden Schaden nicht bloß den Verzugsschaden, sondern den Schaden aus der Nichterfüllung gemeint habe.

6. Hamburg 31. 3. 17, LeipzZ. 17, 1009. Der Käufer, der von seinem Abnehmer gedrängt und gemäß § 326 in Verzug gesetzt wird, darf sich im allgemeinen nicht damit begnügen, die von seinem Abnehmer an ihn gerichteten Schriftstücke einfach an seinen Verkäufer weiterzugeben; er wird vielmehr, um nicht seine Ansprüche auf Grund des Verzugs seines Verkäufers zu verlieren, selbständig gegen diesen nach § 326 vorgehen müssen. Anders liegt die Sache aber, wenn der Käufer seinen Abnehmer wegen der Lieferung unmittelbar an den Verkäufer verwiesen hatte und dieser mit solcher Überweisung einverstanden war. In diesem Fall genügt es, wenn der Käufer die Fristsetzung seines Abnehmers an den Verkäufer weitergibt.

V. Nachträgliche Androhung.

RG. 21. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 297. Das Gesetz fordert eine Fristbestimmung „mit" der Erklärung, daß die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist abgelehnt werde. Fristsetzung und Erklärung müssen zwar nicht in einem Akte, aber mindestens so unmittelbar aufeinander erfolgen, daß die Erklärung als mit der Fristsetzung verbunden noch gelten kann. Diese Verbindung fehlt, wenn die Erklärung erst nach Ablauf der Frist abgegeben wird.

VI. Bemessung der Frist.

1. a) **RG.** 24. 11. 16; 89, 123, HoldheimsMSchr. 17, 110, LeipzZ. 17, 258, R. 17 Nr. 183. Die Nachfrist hat nicht den Zweck, den Schuldner in die Lage zu setzen, nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur noch eine letzte Gelegenheit gewähren, die begonnene Erfüllung zu vollenden. Dabei ist die Angemessenheit keineswegs nur nach den Verhältnissen des säumigen Schuldners zu beurteilen, sondern es sind vornehmlich auch die Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen.

b) **RG.** 11. 10. 16, WarnE. 17, 19. Bei Bemessung der Frist kommt in Betracht, daß sie den Säumigen nicht in den Stand setzen soll, mit der Erfüllung erst zu beginnen.

2. **RG.** 25. 9. 17; 90, 423. Der Gläubiger darf bei der Fristbestimmung nicht gegen

die Anforderungen von Treu und Glauben verstoßen, insbesondere nicht auf Kosten des Schuldners spekulieren.

3. Hamburg 18. 5. 16, OLG. 33, 226. Bei der Prüfung, ob eine dem Verkäufer gesetzte Nachfrist angemessen ist, ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß es sich nicht um Ware handelt, die der Verkäufer auf Lager hat, sondern um Fabrikationsware, die er erst nach und nach dem Bedarf der Abnehmer entsprechend herstellt, daß er nach dem Vertrag nicht Fabrikate anderer Fabriken liefern darf, und daß in die Frist der Karfreitag und die beiden Osterfeiertage fallen, die, wenn auch an ihnen gearbeitet wird, doch nicht als vollwertige Arbeitstage angesehen werden können.

4. **RG.** 21. 9. 17, R. 17, 557. Die Frist zur Zahlung eines verhältnismäßig hohen Betrags darf während des Kriegs, wo mit der Unregelmäßigkeit der Postverbindungen gerechnet werden muß, nicht so kurz bemessen werden, daß dem Schuldner die Einhaltung, wenn überhaupt, nur unter Anwendung außergewöhnlicher Umsicht und Eile oder nur bei Wahl einer anderen als der üblichen brieflichen Versendungsart möglich ist.

5. LG. I Berlin 29. 11. 15, JW. 17, 307, R. 17, 176. Eine während des Kriegs gesetzte Nachfrist von einer Woche ist nicht angemessen, wenn der Vertrag die Kriegsklausel dahin enthält, daß Krieg von der Verbindlichkeit rechtzeitiger Lieferung befreie.

VII. Berufung auf unangemessene Frist.

1. **RG.** 2. 3. 17, R. 17 Nr. 793. Die Erklärung des Einverständnisses mit der von dem Gläubiger gesetzten Nachfrist, das der Berufung auf die Unangemessenheit der Frist entgegensteht, ist nicht darin zu finden, daß der Schuldner sich bereit erklärt, an einer zu einem bestimmten Termine vorzunehmenden Verwiegung der in Frage stehenden Ware teilzunehmen, um damit die freundschaftliche Erledigung der durch seine eigene Nachfrist und seinen Rücktritt streitig gewordenen Angelegenheit herbeizuführen.

2. **RG.** 21. 9. 17, R. 17 Nr. 1804. Der Schuldner kann sich auf die Unangemessenheit der bestimmten Nachfrist nicht berufen, wenn er sich mit deren Dauer ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt hat. Eine Einverständniserklärung liegt aber nicht darin, daß er der telephonischen Bestimmung der zu kurzen (eintägigen) Frist nicht sofort telephonisch widerspricht.

VIII. Entbehrlichkeit der Fristsetzung.

1. Erfüllungsweigerung.

1. a) **RG.** 22. 12. 16, WarnE. 17, 373. Einer Fristbestimmung bedarf es nicht, wenn der Schuldner die Erfüllung ernstlich (bestimmt) und endgültig weigert.

b) Ebenso: **RG.** 4. 7. 17, WarnE. 17, 293.

c) **RG.** 24. 4. 17, LeipzZ. 17, 960. Weigert der Schuldner die Erfüllung endgültig und vertragswidrig, und ist diese Weigerung nach den Umständen von solcher Tragweite, daß sie die sofortige Lösung des Vertragsverhältnisses rechtfertigt, dann ist der Gläubiger berechtigt, unter Ablehnung späterer Erfüllung vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (**RG.** 57, 113).

2. a) **RG.** 10. 11. 16, R. 17, 30. Darin, daß eine Fabrik durch Rundschreiben an ihre gesamte Kundschaft erklärt, sie könne zufolge behördlicher Kriegsmaßnahme ihre Verträge nur zu 30% und zu erhöhtem Preise ausführen, und an diesem Standpunkt trotz Widerspruchs festhält, liegt eine endgültige Erfüllungsweigerung.

b) **RG.** 24. 4. 17, R. 17 Nr. 1389. Eine ernstliche und endgültige Lieferungsverweigerung liegt dann vor, wenn der Verkäufer erklärt, er habe die zu liefernde Ware bisher nicht herstellen können, dürfe sie nicht mehr herstellen, und es sei ihm somit durch Gesetz (behördliches Handelsverbot) unmöglich, den Vertrag zu erfüllen.

c) Colmar 20. 3. 16, ElsLothJZ. 17, 96. In der Geltendmachung einer unbegründeten Aufrechnung liegt eine bestimmte und endgültige Verweigerung der Zahlung.

d) **RG.** 6. 10. 16, LeipzZ. 17, 404. Ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung

ist gegeben, wenn der Schuldner noch im Prozesse seinen Entschluß, nicht mehr zu erfüllen, in der nachdrücklichsten Weise zu erkennen gibt, indem er geltend macht, daß er von der Erfüllungspflicht befreit sei.

3. a) **RG.** 23. 3. 17, R. 17 Nr. 991. In der Mitteilung, daß möglicherweise nicht soviel Waren vorhanden seien, wie geliefert werden mußten, liegt noch keine endgültige Erfüllungsweigerung.

b) Rostock 6. 12. 16, MecklZ. 35, 240. Differenzen über den Vertragsinhalt und die Erklärung des Schuldners, nicht zahlen zu können, genügen nicht, um eine Fristsetzung nach § 326 entbehrlich erscheinen zu lassen (**RG.** 66, 421).

c) **RG.** 15. 5. 17, R. 17 Nr. 1782. Hat der Schuldner vor dem Rechtsstreit die Leistung nicht verweigert, so kann darin, daß er während des Prozesses in Rechtsausführungen bestreitet, zur Leistung verpflichtet gewesen zu sein, eine die Fristsetzung entbehrlich machende Weigerung nicht gefunden werden.

d) **RG.** 12. 6. 17; 90, 317. Die Fristbestimmung ist nicht entbehrlich, wenn der Schuldner nach anfänglicher Weigerung sich später, wenn auch nur vergleichsweise, in beschränktem Maße zur Erfüllung bereit erklärt. Es fehlt dann an dem Erfordernisse der endgültigen Weigerung.

2. Mangelndes Interesse des Gläubigers.

1. Posen 22. 2. 17, PosMSchr. 17, 6. § 326 Abs. 2 hat den Wegfall des Interesses als eine wenigstens mittelbare Folge des Verzugs des Schuldners zur Voraussetzung.

2. KG. 13. 7. 15, OLG. 33, 230. Daraus, daß sein Abnehmer wegen seines Lieferungsverzugs von dem mit ihm abgeschlossenen Vertrage zurückgetreten ist, folgt nicht ohne weiteres, daß der Käufer das Interesse an der Erfüllung des Vertrags durch den Verkäufer verloren hat. Das könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn er sich vorher zur Lieferung an den Abnehmer verpflichtet und darauf erst, um jene Verpflichtung erfüllen zu können, die Bestellung bei dem Verkäufer gemacht hätte, kann aber nicht gelten, wenn er erst nach Abschluß des Vertrags mit dem Verkäufer die Bestellung des Abnehmers erhalten hat.

3. **RG.** 24. 11. 16; 89, 123, HoldheimsMSchr. 17, 110, JW. 17, 216, Leipz. 17, 258, R. 17 Nr. 183. Die Befugnis, von der Fristbestimmung wegen Wegfalls des Interesses an der Vertragserfüllung abzusehen, wird nicht schlechthin bedeutungslos, sobald der Gläubiger noch eine Nachfrist setzt, und gegenüber seiner Berufung auf den Wegfall des Interesses greift der Grundsatz, daß die Bestimmung einer zu kurzen Frist die angemessene Frist in Lauf setzt, nicht ohne weiteres durch. Namentlich ist, wenn der Wegfall des Interesses erst während des Laufs der Frist eintritt, dem Gläubiger die Geltendmachung des neu entstandenen Rechtsbehelfs regelmäßig nicht zu versagen. Aber auch in anderen Fällen ist zu berücksichtigen, daß der Verlust des Rechts, sich auf den Wegfall des Interesses zu berufen, nur insoweit eintreten kann, als der Gläubiger sich durch die Fristbestimmung erkennbar dieser ihm nach dem Gesetze zustehenden Befugnis begeben hat. Hierbei wird regelmäßig zu seinen Gunsten in Betracht kommen, daß das Wesentliche bei der Nachfristbestimmung nicht die Erklärung ist, die Leistung noch bis zu einem gewissen Zeitpunkt anzunehmen, sondern die Androhung der Ablehnung, und daß der Gläubiger, soweit er sich zur Annahme noch bereit erklärt, dies nur tut in Verbindung mit der von ihm bezeichneten zeitlichen Grenze.

3. Positive Vertragsverletzung.

1. **RG.** 23. 3. 17, R. 17 Nr. 1596, WarnE. 17, 204. Liegt eine positive Vertragsverletzung des Schuldners vor, dann ist eine Fristbestimmung gemäß § 326 nicht erforderlich.

2. **RG.** 6. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 207. Auch bei positiver Vertragsverletzung bedarf es der Setzung einer Nachfrist nicht, wenn infolge ihrer die Erfüllung des Vertrags für den Verletzten kein Interesse hat; das bloße Vorhandensein einer positiven Vertragsverletzung für sich allein entbindet noch nicht stets von der Verpflichtung zur Gewährung der Nachfrist, wenngleich in vielen Fällen schon aus der Art und Schwere der Verletzung

wird gefolgert werden können, daß die Erfüllung des Vertrags für den anderen Teil kein Interesse mehr hat.

4. Eigenart des Geschäfts.

1. **RG.** 16. 2. 17; 89, 419, JW. 17, 538, LeipzZ. 17, 589, R. 17 Nr. 582. Bei einem Geschäfte, bei dem böhmische Pflaumen an einen Hamburger Käufer unter der Bedingung „Preis . . . ab Tetschen, Lieferzeit prompt, netto Kasse gegen Duplikatfrachtbrief" verkauft werden, wobei nach den maßgebenden Usancen unter „prompter" Abladung solche binnen 14 Tagen zu verstehen ist, ist der Käufer nicht verpflichtet, dem Verkäufer eine Nachfrist zu setzen, wenn der Verkäufer nicht innerhalb der vereinbarten Frist liefert. Mit dem Wesen eines solchen Geschäfts ist eine Nachfrist unvereinbar. Der Käufer erhält von dem Zeitpunkte der Abladung nicht bei Ablauf der Abladefrist, sondern erst durch die Vorlegung der Dokumente Kenntnis.

Hierzu Hachenburg, JW. 17, 538. Bei dieser Entsch. ist vorausgesetzt, daß die Verladung innerhalb einer bestimmten Zeit dem Verkäufer zur Vertragspflicht gemacht war. Daraus fließen die weiteren Rechtsfolgen des vom RG. aufgestellten Grundsatzes, der anwendbar ist, wenn eine Nachfrist im Widerspruch zu einer Vertragsabrede steht. Der Verzicht auf die Nachfrist braucht ja nicht ausdrücklich zu sein.

2. Hamburg 29. 11. 16, JW. 17, 376, LeipzZ. 17, 763, R. 17, 226. Ist in den ersten Kriegsmonaten, zu einer Zeit, als der Abwicklung des Handelsverkehrs mit dem Auslande ernste Schwierigkeiten erwachsen waren, Ausfuhrverbote drohten, mit der Sperrung der Grenze gerechnet werden mußte, und der Preis der gehandelten Ware starken Schwankungen unterlag, ein Lieferungsgeschäft mit der Vereinbarung getroffen worden, daß die Ware innerhalb der nächsten Woche ab Amsterdam zu verladen sei, dann ist aus der Eigenart des Geschäfts und den besonderen Umständen, unter denen es zum Abschluß gelangt ist, der Vertragswille der Parteien zu entnehmen, daß dem Käufer das Recht eingeräumt worden ist, ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Ware nicht zu der Zeit eintraf, zu der sie unter normalen Verhältnissen am Orte der Niederlassung des Käufers erwartet werden durfte. Daß die Parteien das Recht haben, durch eine solche Vereinbarung die Regelvorschrift des § 326 auszuschalten, unterliegt bei dem dispositiven Charakter dieser Gesetzesbestimmung keinem Zweifel.

3. Hamburg 1. 2. 17, LeipzZ. 17, 1099, R. 17, 518. Hat sich eine Partei während des Kriegs in einem Kaufvertrage verpflichtet, an einem bestimmten Tage telegraphisch Rembours bei einer Bank für Rechnung der anderen Partei in Rotterdam zu eröffnen, und wird dieser Rembours an dem angegebenen Tage nicht eröffnet, dann ist die andere Partei berechtigt, ohne Fristsetzung von dem Vertrage zurückzutreten. Der Geschäftsverkehr legt während des Kriegs das allergrößte Gewicht auf die rechtzeitige Kreditstellung, besonders wenn es sich um Geschäfte mit dem Ausland handelt, da die Preise in dieser Zeit sehr stark schwanken und die ausländischen Kontrahenten leicht vom Vertrage abgehen, falls der Kredit nicht ganz pünktlich gestellt wird.

IX. Leistung des Schuldners nach Fristsetzung.

1. Hamburg 18. 5. 16, OLG. 33, 226. Setzt der Käufer dem Verkäufer eine Nachfrist, dann muß er die Ware annehmen, wenn sie innerhalb der als angemessen anzusehenden Frist angedient wird. Darauf, daß er kein Interesse an der Lieferung mehr habe, weil sein Abnehmer die Ware nicht mehr brauchen könne, kann er sich nicht berufen.

2. **RG.** 24. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 110, JW. 17, 216, R. 17 Nr. 184. Das nachträgliche Leistungsangebot des Schuldners kann den Eintritt der Wirkungen der Nachfristbestimmung nur abwenden, wenn es die Leistung zum Gegenstand hat, die der Gläubiger als zur Vertragserfüllung geeignet annehmen muß. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung hat der Schuldner zu beweisen, was aus § 363 folgt.

X. Erstreckung der Frist nach ihrem Ablauf.

RG. 12. 7. 17, LeipzZ. 17, 1240. Eine einseitige Verlängerung einer bereits abgelaufenen angemessenen Nachfrist ist wirkungslos, da durch den Ablauf der Frist die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung bereits ausgeschlossen ist. Dagegen ist, da § 326 nachgiebigen Rechts ist, eine Vereinbarung über die Verlängerung der Nachfrist möglich.

XI. Geltendmachung der Rechte des Gläubigers.

1. **RG.** 11. 10. 16, R. 17 Nr. 792, WarnE. 17, 19. Es genügt, wenn der Nichtsäumige seinen Entschluß, die Annahme der Leistung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist abzulehnen, zum Ausdruck bringt. Darüber, welche der beiden Folgen er geltend machen will, braucht er sich dabei nicht auszusprechen.

2. **RG.** 11. 10. 16, WarnE. 17, 19. Bei der Auslegung der Erklärung des Nichtsäumigen darf nicht am Wortlaute festgehalten werden, sondern sie muß in dem Sinne ausgelegt werden, wie sie von dem Erklärenden gemeint ist und von dem Empfänger nach der ihm bekannten Sachlage verstanden werden muß (WarnE. 16, 202).

3. KG. 16. 3. 16, LeipzZ. 17, 420. Das Rücktrittsrecht darf nicht zu einem von der Willkür des Berechtigten abhängigen Schwebezustand von nicht absehbarer Dauer führen (JW. 12, 385). Deshalb hat der Gläubiger binnen einer den Umständen nach angemessenen Frist zu erklären, ob er das ihm erwachsene Recht ausüben will. Dies gilt für den Verkäufer auch dann, wenn der Käufer die Ware nicht innerhalb der im Vertrage vereinbarten Frist abgerufen hat, und es im Handel mit dieser Warenart üblich ist, daß der Abruf genau innerhalb der vorgeschriebenen Frist erfolgt, widrigenfalls der Verkäufer mit Fristablauf von seiner Lieferungspflicht frei werde.

4. **RG.** 8. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 786, LeipzZ. 17, 1133. Da der Rücktritt nach §§ 349, 327 durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt und die Hinfälligkeit des Vertrags bewirkt, kommt es nur darauf an, ob zu der Zeit, als der Schuldner den Rücktritt erklärte, dieser gerechtfertigt ist. Trifft dies zu, dann ist der Vertrag beseitigt und der beiderseitige Erfüllungsanspruch erloschen, und hieran kann durch das nachträgliche Verhalten des Schuldners nichts mehr geändert werden.

5. Colmar 20. 3. 16, ElsLothJZ. 17, 96. Es kommt nicht darauf an, aus welchen Gründen der Gläubiger sich von dem Vertrage losgesagt hat, sondern nur darauf, daß er zu der Lossage berechtigt war, und daß er sie erklärt hat. Gründe dafür braucht er überhaupt nicht anzugeben.

6. **RG.** 11. 10. 16, R. 17 Nr. 326, WarnE. 17, 19. Verlangt der Nichtsäumige in seiner Erklärung nach § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so begibt er sich dadurch nicht seines Rechts, statt dessen später den Rücktritt vom Vertrage geltend zu machen (**RG.** 85, 282).

7. **RG.** 2. 6. 17, R. 17 Nr. 1802, WarnE. 17, 255. Der Verlust des Rücktrittsrechts tritt ein, wenn der Berechtigte trotz Kenntnis der den Rücktritt begründenden Tatsachen den Vertrag fortsetzt, insbesondere vom Gegner weitere Vertragserfüllung fordert (LeipzZ. 11, 927; 12, 927). In Handlungen, die von dem anderen Teil als Ausfluß des Willens, am Vertrage festzuhalten, aufgefaßt werden müssen, kann ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht gefunden werden.

XII. Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

1. **RG.** 22. 6. 17; 91, 30, JW. 17, 968, R. 17 Nr. 1594. Der Anspruch auf Schadensersatz entsteht mit dem Ablauf einer wirksam gesetzten Nachfrist sowie auch dadurch, daß der Gläubiger auf Grund einer ernstlichen und endgültigen Weigerung des Schuldners oder wegen erloschenen Interesses erklärt, nunmehr die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern zu wollen. Nicht aber bringt schon die ernstliche und endgültige Weigerung des Schuldners den Anspruch auf Schadensersatz zur Entstehung (**RG.** 52, 151).

2. **RG.** 8. 3. 17, GruchotsBeitr. 61, 631, JW. 17, 597, R. 17 Nr. 1015, WarnE. 17, 205. In der Frage, was unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verstehen ist, hat sich das RG. in ständiger Rechtsprechung (**RG.** 50, 262; 57, 106; 58, 177; 60, 347; 61, 87, 348; 66, 61, JW. 13, 595) — im Gegensatz zu der sog. „Austauschtheorie" — der „Differenztheorie" angeschlossen, nach welcher die Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die Wirkung hat, daß sich der ganze gegenseitige Vertrag in einen einseitigen Anspruch des nichtsäumigen Vertragsteils gegen den säumigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags umwandelt (**RG.** 61, 352). Das bedeutet aber nicht, daß der Anspruch des säumigen Teils gegen den Nichtsäumigen dergestalt erlischt, daß er überhaupt keine wie immer geartete Berücksichtigung finden kann, sondern er ist im Falle der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung als Rechnungsfaktor bei der Ermittlung der Höhe des Schadensersatzanspruchs jedenfalls zu berücksichtigen.

Hierzu Oertmann, JW. 17, 597. Die Differenztheorie läßt sich mit § 340 Abs. 2 überhaupt nicht vereinigen, und deshalb ist diese Vorschrift ein weiterer Gegengrund gegen die vom RG. leider zur Vorherrschaft gebrachte Theorie.

3. Dresden 16. 11. 16, JW. 17, 237. Dem Gläubiger ist voller Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags zu leisten; er ist dabei so zu stellen, wie er dastehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag erfüllt hätte, und es ist ihm also der entgangene Gewinn im Umfange des § 252 zu ersetzen.

4. **RG.** 17. 4. 17, JW. 17, 709. Was der Käufer durch den Weiterverkauf der durch Deckungskauf bezogenen Ware erhält, braucht er bei der Schadensaufmachung dem Verkäufer nicht gutzuschreiben (**RG.** 52, 154). Wenn er durch den Weiterverkauf den Mehraufwand wieder einbringt, so geschieht dies durch neue Rechtsgeschäfte, deren Zeitpunkt zu bestimmen ihm überlassen ist. Es fehlt an der Einheitlichkeit des Schadens und des Gewinn stiftenden Ereignisses, die für eine Vorteilsausgleichung unerläßlich ist.

5. Hamburg 14. 6. 17, R. 17, 518. Der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung belangte säumige Käufer ist mit seiner Einwendung nicht zu hören, daß der Verkäufer die nicht abgenommene, ihm verbliebene Ware zur Erfüllung eines anderen Abschlusses gewinnbringend verwendet, mithin einen Schaden nicht erlitten habe.

6. Abstrakte und konkrete Schadensberechnung (JDR. 14 § 249 V 11, 11a; 15 § 249 V 1, 8).

a) Abstrakter Schaden. α. **RG.** 22. 6. 17, R. 17 Nr. 1593. Bei der abstrakten Schadensberechnung ist der Unterschied zwischen dem Preise des Stichtags und dem Vertragspreise festzustellen.

β. **RG.** 21. 9. 17, LeipzZ. 17, 1326. Für die Zulassung der abstrakten Schadensberechnung des Käufers genügt die Vermutung, daß die nicht gelieferte Ware zu dem Preise hätte weiter verkauft werden können, der sonst zu der für die Berechnung maßgebenden Zeit erlöst worden ist. Mit dieser Vermutung hat die Frage, aus welchen Marktverhältnissen heraus die anderwärts erzielten Preise entstanden sind, nichts zu tun, und noch weniger kann dem Käufer entgegengehalten werden, daß es sich um eine Ware handle, die nicht immer zu haben gewesen sei. Vielmehr ist bei einer gesuchten und knapp gewordenen Ware erst recht die Möglichkeit einer Gewinn bringenden Weiterveräußerung vorhanden.

γ. **RG.** 25. 9. 17; 90, 423, R. 17 Nr. 1807. Da die Zulassung der abstrakten Schadensberechnung auf der Vermutung beruht, daß der Käufer durch den Weiterverkauf den berechneten Gewinn hätte erzielen können, ist es dem Verkäufer im Einzelfall unbenommen, Umstände darzulegen, die die Vermutung entkräften.

δ. Kiel 3. 4. 17, SchlHolstAnz. 17, 176. Bei der abstrakten Schadensberechnung ist es nicht entscheidend, welche Zweckbestimmung die Ware hatte, sondern ausschlaggebend ist vielmehr lediglich der Verkäuflichkeitswert. Deshalb ist sie auch dann zulässig, wenn der schadensersatzberechtigte Käufer die Ware nicht zum Zwecke des Weiterverkaufs, sondern für den eigenen Bedarf gekauft hatte.

ε. Rostock 23. 3. 17, MecklZ. 35, 365. Die abstrakte Berechnung gehört dem Handelsrechte an. Sie gilt auch für die gewöhnlichen handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, was darauf beruht, daß im Handelsverkehr der Wille des Kaufmanns, weiter zu veräußern, ohne weiteres anzunehmen, und daß ferner selbstverständlich ist, daß er eine sich bietende Gelegenheit zu vorteilhafter Weiterveräußerung nicht unbenutzt lassen wird. Für den nichtkaufmännischen Verkehr ist die abstrakte Schadensberechnung meist nicht anwendbar und muß durch besondere Umstände, welche auf die Absicht der Weiterveräußerung schließen lassen, begründet werden. Hat ein Landmann Futtermittel zum Verbrauch in der eigenen Wirtschaft gekauft, dann ist die abstrakte Schadensberechnung unzulässig, weil er nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge die Ware nicht weiter veräußert haben würde.

ζ. **RG.** 19. 6. 17, R. 17 Nr. 1803. Der abstrakte Schaden ist für den Tag der Entstehung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also nach dem Preise des Ablaufs der Nachfrist, zu berechnen, nicht etwa nach dem eines späteren Tages, wenn der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist nochmals Leistung bis zu einem bestimmten Termine verlangt hat.

η. aa) **RG.** 19. 6. 17, JW. 17, 847. Der abstrakte Schaden ist für den Tag der Entstehung des Schadens zu berechnen, also für den Fall des § 326 für den des Ablaufs der Nachfrist (vgl. XII 1).

bb) Dresden 11. 4. 16, SächsOLG. 38, 113, SeuffA. 72, 52. Der Zeitpunkt des Ablaufs der Nachfrist ist für die Berechnung des abstrakten Schadens zugrunde zu legen (**RG.** 60, 346).

cc) **RG.** 22. 6. 17, JW. 17, 968, R. 17 Nr. 1595. Der abstrakte Schaden ist regelmäßig auf Grund des Marktpreises des Tags des Ablaufs der dem Verkäufer gesetzten Nachfrist zu berechnen. Ist aber die Umwandlung des Anspruchs auf Erfüllung in einen solchen auf Schadensersatz schon dadurch eingetreten, daß während des Verzugs des Verkäufers die Leistung unmöglich wurde, so darf der abstrakte Schaden spätestens nach dem Tage des Eintritts der Unmöglichkeit berechnet werden. Der konkrete Schaden könnte auch anders substantiiert werden.

ϑ. aa) **RG.** 25. 9. 17; 90, 423. Der Käufer hat bei der abstrakten Schadensberechnung grundsätzlich die Wahl, ob er den Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs oder den des Ablaufs der Nachfrist heranziehen will.

bb) Dresden 2. 11. 16, LeipzZ. 17, 418, SächsOLG. 38, 261, SeuffA. 72, 150. Für den Fall abstrakter Schadensberechnung hat der Käufer unter gewöhnlichen Verhältnissen die Wahl, ob er der Berechnung den Marktpreis zur Zeit des eingetretenen Verzugs oder den am Ende der Nachfrist zugrunde legen will. Dieser Grundsatz ist zunächst für die Fälle des § 326 ausgesprochen worden. Häufig wird die Regel auch in den Fällen des § 283 zutreffen. Doch kann nicht schlechthin der Ablauf der Nachfrist maßgebend sein. Das ergibt schon die Erwägung, daß die Stellung der Nachfrist im Belieben des Gläubigers liegt, und er es demnach in der Hand hätte, bei steigender Tendenz des Marktpreises durch Zuwarten seinen Ersatzanspruch beliebig zu vergrößern.

cc) Kiel 22. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 230. Bei der abstrakten Schadensberechnung hat bezüglich des für den Marktpreis maßgebenden Zeitpunkts der Käufer die Wahl, ob er sie auf die Zeit der ersten Inverzugsetzung des Verkäufers oder den Zeitpunkt des Ablaufs der Nachfrist abstellen will (**RG.** 60, 347).

ι. Reinhard, Abstrakte Schadenberechnung, LeipzZ. 17, 361. Die Ansicht, daß bei der abstrakten Schadenberechnung der Käufer die Wahl haben soll, ob er den Marktpreis zur Zeit der Fälligkeit der Lieferung oder den zur Zeit des Ablaufs der Nachfrist seiner Schadenberechnung zugrunde legen will, ist für den Regelfall nicht gerechtfertigt. Für die rein abstrakte Berechnung kommt vielmehr nur der Marktpreis zur Zeit der schuldigen Lieferung in Betracht. Will der Käufer den höheren Marktpreis zu einer späteren Zeit der Gewinnberechnung zugrunde legen, so muß er gemäß § 252 dartun, daß er bis zu dieser späteren Zeit die Ware zurückgehalten und den dann geltenden höheren Marktpreis erzielt

haben würde (gemischt abstrakte Berechnung). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Käufer zum Zwecke des Weiterverkaufs gekauft hat. Auch darf bei der abstrakten Berechnung nur auf den Marktpreis des Lieferungsortes abgestellt werden, nicht auf den des Ortes, an dem der Käufer die Ware verkaufen will.

κ. Hamburg 4. 3. 16, OLG. 34, 376. Ist auf Abruf verkauft, dann kann der Berechnung des abstrakten Schadens wegen Nichterfüllung des Verkäufers nicht der Marktpreis des Tages zugrunde gelegt werden, an dem der Verkäufer schon vor dem Abruf der Ware erklärt, nicht liefern zu können, weil der Verkäufer sich damals noch nicht im Lieferungsverzuge befindet.

λ. Stuttgart 9. 11. 17, R. 17, 593. Legt der Käufer seiner abstrakten Schadensberechnung den Marktpreis zugrunde, um den er die Ware hätte weiterverkaufen können, so müssen Preise, die im reellen Handel nicht bezahlt werden, außer Betracht bleiben.

μ. Hamburg 14. 12. 16, R. 17, 176. Auch während der durch den Krieg geschaffenen Verhältnisse ist die abstrakte Schadenberechnung zulässig. Höchstpreise schließen die Bildung eines Marktpreises nicht aus. Daher ist es unerheblich, wenn die btr. Ware nur an eine bestimmte Bezugsvereinigung zu Höchstpreisen geliefert werden darf.

ν. **RG.** 5. 6. 17; 90, 305, JW. 17, 901. Die abstrakte Schadensberechnung kann gegenüber § 5 Nr. 1 PreisStVO. vom 23. 7. 15 nicht in altem Umfange geltend gemacht werden. Sie beruht auf der Vermutung, daß der Käufer die Ware, wenn sie ihm geliefert worden wäre, um den Preis hätte weiter verkaufen können und weiterveräußert hätte, den andere zu der in Betracht kommenden Zeit dafür erzielt haben, und daß ihm deshalb durch das Unterbleiben der Lieferung ein dem Mehrbetrage dieses Preises entsprechender Gewinn entgangen sei. Dieser Vermutung ist der Boden entzogen, wenn der Käufer um den von anderen erzielten Preis nicht hätte veräußern können. Aber auch insoweit kann die Vermutung nicht mehr Platz greifen, als der Käufer infolge eines gesetzlichen Verbots um den anderwärts erzielten Preis nicht hätte veräußern dürfen. Denn ein Vorteil, dessen Erlangung das Gesetz verbietet, kann nicht auf dem Umwege des Schadensersatzanspruchs zu einem von der Rechtsordnung gebilligten und schutzwürdigen werden. Das ist dadurch ausgeschlossen, daß der Schadensersatz nur die Herstellung desjenigen Zustands bezweckt, der ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses bestehen würde. — Zustimmend: Lehmann, JW. 901.

ξ. Koenigsberger, Abstrakte Schadensberechnung und übermäßiger Gewinn, LeipzZ. 17, 113. Die abstrakte Schadensberechnung muß mit den VOn. vom 23. 7., 22. 8., 23. 9., 15 i. d. F. v. 23. 3. 16 (RGBl. 184) in Einklang gebracht werden. In der Forderung des Marktpreises kann sehr wohl eine vom Gesetz gemißbilligte übermäßige Preissteigerung erblickt werden, und deshalb kann eine abstrakte Schadensberechnung, die den Marktpreis zugrunde legt, zur Erzielung eines übermäßig hohen Gewinns führen. Deshalb wird man den Marktpreis nicht schlechthin der Berechnung des abstrakten Schadens zugrunde legen dürfen.

ο. Hamburg 4. 12. 16, JW. 17, 238. Der Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise kann als Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht verlangt werden, wenn der Gläubiger bei einem Verkaufe der Ware zu dem Marktpreise einen übermäßigen Gewinn erzielen und sich nach § 5 BRVO. v. 23. 7. 15 strafbar machen würde.

π. Hueck, Einfluß der Preissteigerungsverordnung auf schwebende Lieferungsverträge, DJZ. 17, 642, erörtert die Bedeutung des § 5 VO. v. 23. 7. 15 bei der abstrakten und konkreten Schadensberechnung wegen Nichterfüllung.

ρ. Kiel 22. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 230. Für die abstrakte Schadensberechnung ist der Ort zugrunde zu legen, an dem die Ware tatsächlich abgeliefert und vom Verkäufer in Empfang genommen ist (vgl. unten b *ζ*).

σ. OGH. Wien 29. 2. 17, AÖstGZ. 17, 174. Für die Berechnung des abstrakten Schadens ist, wenn es sich um nicht marktgängige Waren handelt, der die Stelle des Markt- und Börsenpreises vertretende, zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung übliche

Preis der Ware maßgebend, d. h. der Durchschnittspreis, zu dem die Ware im Handel am Ort und zur Zeit der geschuldeten Leistung allgemein erhältlich ist. Der Begriff des abstrakten Schadens ist scharf zu fassen und von allen Bestandteilen freizuhalten, die der Begriffswelt des konkreten Schadens entstammen. Es handelt sich um einen Begriff, der für sich allein bestimmt und dadurch aus dem gegebenen tatsächlichen, individuellen Zusammenhange herausgehoben und verselbständigt ist. Die Berechnung des abstrakten Schadens erfolgt losgelöst von den besonderen Verhältnissen des Beschädigten, absehend von allen tatsächl. Eigenheiten des gegebenen Falls. Dieser Schaden wird dem Beschädigten ohne weiteres zugebilligt, ohne daß bewiesen zu werden braucht, daß er im einzelnen Falle auch wirklich erlitten ist. Er ist das Mindeste, was gefordert werden kann, aber auch das Einzige, was gefordert werden kann, ohne daß es eines Beweises des erlittenen Schadens bedürfte. Will der Beschädigte einen „weiteren" Schaden geltend machen, dann muß er den Weg abstrakter Schablone verlassen und die tatsächl. Umstände, die seinen Schadensersatzanspruch begründen, einzeln behaupten und beweisen.

τ. Stuttgart 9. 6. 16 — JDR. 15 § 249 V 1 — btr. abstrakte Schadensberechnung, wenn dem Vertragspreise für unbearbeitete Ware der Verkaufspreis für bearbeitete gegenübergestellt wird, abgedruckt auch: WürttJ. 28, 129.

b) Konkreter Schaden. *α*. **RG.** 19. 12. 16; 89, 282, JW. 17, 355, LeipzZ. 17, 458. Wenn der Verkäufer seinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung bemißt einerseits aus den Selbstkosten, die er für die Erlangung der verkauften Waren früher schon aufgewendet hat, und andererseits aus dem vereinbarten Kaufpreise, dann stellt er eine Berechnung auf, die ausschließlich begründet ist in der Besonderheit des gegebenen Falls und in Verhältnissen, die nicht bloß als dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entsprechende berücksichtigt werden sollen, sondern sich decken mit dem, was tatsächlich geschehen ist. Es liegt konkrete Berechnung vor. Daß der Verkäufer zur Widerlegung des Einwands des anderweiten vorteilhaften Verkaufs sich darauf beruft, er hätte diese Geschäfte auch mit anderer Ware machen können, gehört nicht zur Begründung des Anspruchs und vermag daher die rechtliche Natur desselben nicht zu beeinflussen. — Zustimmend: Oertmann, JW. 17, 355.

β. **RG.** 22. 6. 17, R. 17 Nr. 1593. Der konkrete Schaden besteht in dem Unterschiede zwischen der Vermögenslage, in der der Käufer sein würde, wenn der Verkäufer richtig geliefert hätte, und der Vermögenslage, in die er durch die Nichterfüllung des Vertrags geraten ist. Er kann nicht durch einen Vergleich zwischen der erstbezeichneten Vermögenslage und dem Vertragspreise ermittelt werden.

γ. Hamburg 14. 10. 16, R. 17, Nr. 22. Bei der konkreten Schadensberechnung ist es nicht zulässig, daß der Käufer bei seinem Deckungskaufe selbst als Verkäufer eintritt. Ein derartiges Verfahren ist nicht geeignet, von der derzeitigen Marktlage ein getreues Bild zu geben.

δ. Hamburg 17. 3. 17, LeipzZ. 17, 1147. Der Geltendmachung des besonderen (konkreten) Schadens kann nur ein wirklicher Deckungskauf zugrunde gelegt werden. Daß der Schadensersatzberechtigte sich aus seinen eigenen Vorräten eingedeckt hat, kommt nicht in Betracht.

ε. **RG.** 19. 12. 16; 89, 282, JW. 17, 355, LeipzZ. 17, 458. Der Verkäufer, der wegen Nichtabnahme der Ware durch den Käufer konkret berechneten Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, muß sich auf den ihm entgangenen Kaufpreis den Vorteil anrechnen lassen, der ihm deshalb erwachsen ist, weil die Nichterfüllung des Vertrags durch den Käufer zur Folge hatte, daß er die verkaufte Ware behalten hat, einen Vorteil, der aus demselben Ereignis geflossen ist, das den Schaden verursacht hat. Dieser Vorteil deckt sich aber nicht mit dem Betrage der aufgewendeten Erwerbskosten, sondern mit dem Werte, den die Ware in dem für die Schadensberechnung maßgebenden Zeitpunkte hatte. Daß der Verkäufer die nicht abgenommene Ware zu demselben Preise anderweit verkauft hat, kommt nicht in Betracht; der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung greift hier nicht durch, weil der durch die Nichterfüllung verursachte Schaden und der durch den anderweiten

Verkauf erlangte Vorteil nicht unmittelbar aus demselben Ereignisse erwachsen sind, sondern aus zwei verschiedenen Ereignissen, die nur in einem tatsächlichen Zusammenhange stehen.

6. Hamburg 4. 10. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 284, R. 17, 592. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrende Käufer ist berechtigt, in seiner Schadensrechnung den Preis anzusetzen, den er am Ablieferungsort aufwenden muß, um dort anderweitig Vertragsware zu erhalten.

7. KG. 28. 4. 14, OLG. 33, 223. Trotz der vor Fälligkeit der Leistung erklärten Erfüllungsweigerung des Schuldners muß der Gläubiger sich gefallen lassen, daß der Schuldner zur Leistungszeit auf die Erfüllung zurückgreift und diese anbietet, und kann nur den Schaden ersetzt verlangen, den er durch die wegen der Erfüllungsweigerung vorgenommenen Maßnahmen erlitten hat (vgl. **RG.** LeipzZ. 08, 376).

XIII. Sukzessivlieferungsgeschäft.

1. **RG.** 8. 12. 16, R. 17 Nr. 185, WarnE. 17, 68. Bei dem Sukzessivlieferungsgeschäft ist für eine Nachfrist, die den ganzen noch ausstehenden Rest zum Gegenstand haben soll, überhaupt erst nach Ablauf der Lieferungszeit Raum.

2. **RG.** 14. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 44. Vermöge der einheitlichen Natur des Sukzessivlieferungsvertrags berechtigt Verzug mit einer Teillieferung den Gläubiger grundsätzlich, die Verzugsfolgen ebenso geltend zu machen, wie wenn der Schuldner mit dem noch übrigen Teile seiner Leistung in Verzug gekommen wäre (**RG.** 58, 419; 61, 128). Eine sog. Gefährdung des Vertragszwecks braucht der Gläubiger nicht besonders nachzuweisen, um die Rechte des § 326 im ganzen auszuüben, sondern diese Befugnis steht ihm grundsätzlich ohne weiteres zu.

3. **RG.** 20. 10. 16, R. 16, Nr. 2078, 2079. Bei Sukzessivlieferungsgeschäften kann betrügerisches Verhalten des einen Teils das Rücktrittsrecht des anderen Teils unter dem Gesichtspunkte der positiven Vertragsverletzung nach sich ziehen. Hat der Verkäufer zum Zwecke der Täuschung bereits einmal beanstandete Ware untergeschoben, dann kann dies, auch wenn die Täuschung leicht entdeckt werden konnte, einen Rücktrittsgrund für den Käufer bilden. Es kommt darauf an, welche Bedeutung dem Täuschungsversuche für das künftige Verhältnis der Parteien beizumessen ist. Hat der Verkäufer jedoch die Beanstandung der Ware gutgläubig für unbegründet gehalten, die Umetikettierung nicht zum Zwecke der Täuschung, sondern aus sonstigen geschäftlichen Gründen vornehmen lassen und die wiederholte Lieferung an den Käufer wenn auch nicht verboten, so doch auch nicht angeordnet, dann ist dem Käufer das Rücktrittsrecht zu versagen.

4. a) **RG.** 2. 6. 17, WarnE. 17, 255. Bei Sukzessivlieferungsgeschäften kann der Käufer ohne Mahnung und Fristsetzung das Rücktrittsrecht ausüben, sofern der Verkäufer schuldhafterweise durch mangelhafte Lieferungen die Besorgnis begründet, daß sich die gleichen Vertragswidrigkeiten bei späteren Lieferungen wiederholen werden, und wenn er hierdurch die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet (**RG.** 54, 98; 57, 115; 65, 56; 67, 5). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann bleibt dem Käufer das Rücktrittsrecht gewahrt, auch wenn er die beanstandete mangelhafte Lieferung annimmt und bezahlt. Hierin ist ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht nicht zu finden, sofern nur der Käufer gegenüber dem Verkäufer die vertragswidrige Beschaffenheit gerügt hat (**RG.** 57, 115).

b) **RG.** 20. 10. 16, R. 16 Nr. 2077. Ist der weitaus größte Teil der geleisteten erheblichen Menge vertragsmäßig beschaffen gewesen, beschränken sich also die Mängel bei der bereits erfolgten Teillieferung auf eine geringe Warenmenge, dann gibt der Lieferant durch magelhafte Lieferung keinen begründeten Anlaß zu der Besorgnis, es werde auch künftig keine dem Vertrage entsprechende Ware geliefert werden, und es liegt dann eine die Rechte des § 326 gewährende positive Vertragsverletzung nicht vor.

c) **RG.** 8. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 786, LeipzZ. 17, 1133. Der Gläubiger ist zur Ausübung der Rechte des § 326 nicht schon ohne weiteres dann befugt, wenn der Schuldner ein Mal den Vertrag durch mangelhafte Leistung verletzt hat, sondern nur dann, wenn

zufolge seiner mangelhaften Lieferung begründeter Anlaß zu der Besorgnis besteht, daß er auch künftig seiner Vertragspflicht nicht nachkommen werde. Dies kann verneint werden, wenn die mehreren mangelhaften Sendungen des Schuldners tatsächlich als eine Lieferung anzusehen sind, und die Mängelrüge des Gläubigers dem Schuldner erst nach Abgang der letzten dieser Sendungen zugegangen ist.

d) Dresden 12. 4. 16, OLG. 34, 376. Zwei zeitlich beinahe zusammenfallende mangelhafte Lieferungen des Verkäufers genügen nicht ohne weiteres, um den Rücktritt des Käufers vom Vertrage ohne Androhung und Fristsetzung zu begründen, zumal wenn der Käufer frühere Sendungen mit angeblich denselben Mängeln anstandslos angenommen und damit kundgegeben hat, daß er auf die angeblichen Mängel keinen solchen Wert lege, daß der Vertragszweck dadurch gefährdet werde.

5. Stuttgart 27. 10. 16, R. 17 Nr. 20. Bei dem Sukzessivlieferungsgeschäft können wiederholte unbegründete Bemängelungen der gelieferten Ware, die vorgebracht sind, um dem Gläubiger die fernere Erfüllung des Vertrags zu verleiden, sich als positive Vertragsverletzung darstellen. Ein solches Verhalten des Schuldners gefährdet den ganzen Zweck des Vertrags.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Schrifttum: Josef, Lebensversicherung und Pflichtteilergänzungsanspruch, ABürgR. 42, 317.

§ 328.

1. **RG.** 25. 2. 16 — JDR. 15, 3 — btr. Zulässigkeit einer Zuwendung auf den Todesfall auf dem Wege eines Vertrags nach §§ 328ff., abgedruckt auch: 88, 137, GesuR. 17, 352, SeuffA. 72, 57, ZBlFG. 17, 520.

2. Stuttgart 30. 11. 16, R. 17 Nr. 363, WürttJ. 28, 138. Das BGB. erkennt die Rechtsgültigkeit von Verträgen zugunsten noch unbestimmter Dritter an. Zugunsten eines Unternehmens, d. h. eines unbestimmten Personenkreises, können Forderungen erworben werden, wenn nur das Unternehmen eine gewisse Dauerhaftigkeit hat, wie dies bei einem an ein bestimmtes Lokal gebundenen Geschäftsbetrieb der Fall ist. Es kann sich auch jemand in der Form eines Vertrags zugunsten Dritter einem anderen gegenüber zu Leistungen an den jeweiligen berechtigten Inhaber eines Betriebs, der Eigentümer, Mieter oder Pächter des Hauses sein kann, und auch an den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks in der Weise verpflichten, daß der jeweilige Inhaber oder Grundstückseigentümer einen eigenen persönlichen Anspruch auf die Leistung erhält. Nur die Eintragung dieses Rechts im Grundbuche und die daraus sich ergebende dingliche Sicherung ist ausgeschlossen, weil das BGB. derartige Rechte des jeweiligen Eigentümers als dingliche nicht kennt.

3. Celle 18. 10. 16, LeipzZ. 17, 77 (— JDR. 14, 2; 15, 1 —). Wenn mehrere Personen zusammen einen Straßenbahnwagen oder überhaupt ein dem öffentl. Verkehr dienendes Fahrzeug besteigen, dann ist entsprechend der Verkehrsauffassung als ihr hierdurch dem Transportunternehmer oder seinem ihn vertretenden Angestellten gegenüber erkennbar zum Ausdruck gebrachter Wille anzunehmen, daß jeder von ihnen für sich einen Beförderungsvertrag abschließen will, einerlei, welches rechtliche oder tatsächliche Verhältnis unter ihnen wegen der Aufbringung der Fahrkosten besteht. Zumal wenn die Bezahlung des Fahrgelds dem Besteigen des Beförderungsmittels nachfolgt, also nicht erst den Vertragsschluß bedeutet, ist an sich belanglos, wer demnächst den Fahrpreis entrichtet. Deshalb kann der Ehemann, der zusammen mit der Ehefrau auf der Straßenbahn fährt, nicht auf Grund des Beförderungsvertrags Ersatz des Schadens verlangen, der ihm daraus entstanden ist, daß die Ehefrau einen Unfall erlitten hat und ihm daher nicht wie sonst Dienste im Haushalt leisten kann.

4. Colmar 3. 1. 16, BayNotZ. 54, 199, ElsLothJZ. 17, 9. Wenn einem Notar, der einen Kaufvertrag über Grundeigentum beurkundet hat, von den Käufern der Kauf-

preis bar ausgehändigt wird mit dem Auftrage, ihn zu ihrer Entlastung an die Hypothekengläubiger auszuzahlen, und der Notar diesen Auftrag annimmt, so wird er damit den Hypothekengläubigern unmittelbar verpflichtet. Denn die Käufer wollen durch die Zahlung an den Notar der Sache ledig sein, und die Hypothekengläubiger sollen nur noch mit dem Notar zu tun haben.

5. Rostock 8. 3. 15, OLG. 34, 25. Ein Vertrag, durch den der Pächter des städtischen elektrischen Leitungsnetzes es der Stadt gegenüber übernimmt, den Beteiligten Elektrizität zu liefern, kann nach Lage des Einzelfalls dahin auszulegen sein, daß den dritten Interessenten ein unmittelbares Recht auf Lieferung gegen den Pächter zustehen soll.

6. Hamburg 9. 12. 15, OLG. 33, 230. Aus einem Abkommen btr. die Bestellung von Treuhändern, in dem festgesetzt ist, daß Vermögensstücke, die zwar wirtschaftlich, aber nicht rechtlich dem Schuldner gehören, — auf den Namen eines der Treuhänder eingetragene Hypotheken — zur Befriedigung der Gläubiger dienen sollen, und in dem es heißt, daß die Treuhänder sowohl den Vertragschließenden wie auch Dritten gegenüber nur mit den Eingängen des Grundstücks haftbar sein sollen, erwachsen den Gläubigern unmittelbare Ansprüche gegen die bestellten Treuhänder.

7. Hamburg 1. 2. 15, OLG. 33, 231. Wenn der Zessionar von Mietzinsforderungen, der bei der Vereinbarung den Zweck verfolgt, Mittel zur Tilgung seiner eigenen Forderung zu erlangen, sich verpflichtet, aus den ihm übertragenen Vermögensstücken auch die übrigen Gläubiger des Zedenten anteilsmäßig zu befriedigen, so folgt daraus nicht ohne weiteres, daß er den an dem Vertragsschlusse unbeteiligten Gläubigern ein unmittelbares Recht an den Einkünften einräumen will. Das ergibt sich auch nicht aus dem Gebrauche des Wortes „Treuhänder" als Bezeichnung der Rechtsstellung des Zessionars, aus der hier nicht mehr gefolgert werden kann, als daß damit seine Verpflichtung zur bestimmungsgemäßen Verwendung der vereinnahmten Gelder deutlich ausgedrückt werden soll.

8. **RG.** 27. 4. 17, R. 17 Nr. 1239. Durch die Vereinbarung der Ordreklausel im Lieferungsvertrag erwächst demjenigen, an dessen Ordre geliefert werden soll, ein unmittelbarer Lieferungsanspruch gegen den zur Lieferung Verpflichteten ohne weiteres nicht.

9. a) Colmar 11. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 101. Die Frage, ob ein Vertrag zugunsten eines Dritten einer Formvorschrift unterliegt, entscheidet sich nach den Verhältnissen der Vertragschließenden zueinander.

b) **RG.** 23. 10. 16, R. 17 Nr. 802. Enthält der Vertrag zugunsten eines Dritten zwischen den Vertragschließenden kein Schenkungsversprechen, dann unterliegt er der Form des § 518 nicht, auch wenn zwischen einem der Vertragschließenden und dem Dritten eine Schenkung vorliegt (vgl. § 516 II 9).

§ 329.

Siehe § 415, 1.

§ 330.

1. Josef, Der Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags zugunsten Dritter (der Ehefrau, der Erben, der Hinterbliebenen, der Familie) ist im Zweifel ein echter Vertrag auf Leistung an Dritte mit der Wirkung, daß der Begünstigte unmittelbar die Forderung auf Auszahlung der Versicherungssumme gegen den Versicherer erwirbt. Der Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme fällt sonach nicht in den Nachlaß.

2. Dresden 28. 4. 16, LeipzZ. 17, 420, OLG. 34, 24, R. 17, 176, SächsOLG. 38, 119, SeuffA. 72, 14. Wenn ein Vater betreffs seines Sohnes kurze Zeit nach dessen Geburt eine Militärdienstversicherung eingeht, so will er im Zweifel, mindestens wenn es sich nicht bloß um den Eintritt seines Sohnes als gewöhnlicher Soldat handelt, nicht ein sofortiges Forderungsrecht des versicherten Sohnes begründen, sondern zunächst selbst die Rechte aus der Versicherung erwerben; soll doch durch eine solche Versicherung in der Regel für die Bezahlung der nicht unerheblichen Kosten vorgesorgt werden, die dem Vater in Zukunft dadurch erwachsen, daß der Sohn seiner Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger

zu genügen hat. Zu diesem Zweck will er im Zweifel, jedenfalls bis zum Eintritt des Versicherungsfalls, die Verfügung über das Versicherungskapital in der Hand behalten (OLG. 24, 299).

3. Jäger, Sparversicherung und Gläubigerzugriff. LeipzZ. 17, 36 (vgl. auch Hans. GZ. 17 Hptbl. 2). Schließt der Vater mit der Versicherungsgesellschaft einen Vertrag ab, nach dem er als Versicherungsnehmer Jahresprämien in festbestimmter Zahl und Höhe zu leisten, der Versicherer aber am gleichfalls festbestimmten Verfalltage die Versicherungssumme dem Kinde als dem Versicherten auszuzahlen hat, und wird vereinbart, daß das Kind von vornherein bezugsberechtigt sein soll, dann kann dies Bezugsrecht des Kindes im Zweifel durch den Vater frei widerrufen werden. Wenn auch der Zweck der Versicherung die Versorgung des Kindes ist, so nötigt allein der Umstand, daß der Vater sich durch den Vertrag auf eine lange Reihe von Jahren Lasten aufbürdet, zu der Annahme, daß er sich dabei eine durch den Wandel der Verhältnisse gebotene anderweite Verfügung über den Sparwert, auch dessen Verwendung zu eigenen Gunsten, vorbehalten will.

§ 331.

1. Darmstadt 22. 12. 15, OLG. 33, 232. Hat der Versicherungsnehmer seinen „Rechtsnachfolger" als bezugsberechtigt bezeichnet, so fällt der Anspruch in den Nachlaß; er fällt zwar den Erben zu, sie erwerben ihn aber aus dem Nachlaß. Die Bezeichnung „Rechtsnachfolger" bedeutet, daß der Versicherungsnehmer es bei der gesetzlichen Regel belassen und keinem anderen die Versicherung zuwenden will, als demjenigen, der sie nach dem Gesetz erhält.

2. Werneburg, Zum Rechtsverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und bezugsberechtigtem Dritten bei dem Lebensversicherungsvertrag, MecklZ. 35, 305, erörtert die Frage, ob, falls ein Lebensversicherungsvertrag einen Bezugsberechtigten nicht bestimmt oder nicht bestimmbar bezeichnet, der Anspruch auf die Versicherungssumme zu dem Vermögen des Versicherungsnehmers gehört, oder ob — und unter welchen Voraussetzungen — ein Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter vorliegt. Die Fälle, daß ein Dritter unbedingt und nur widerruflich bestimmt ist, und die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers und des Dritten werden behandelt.

§ 332.

KG. 11. 11. 16, JW. 17, 977. Heißt es in den Versicherungsbedingungen, daß die Bezeichnung des Bezugsberechtigten dem Versicherer gegenüber erfolgen solle, so wird dadurch eine Bezeichnung durch letztwillige Verfügung nicht ausgeschlossen, wenn auch eine solche Bezeichnung nicht dem Versicherer gegenüber erfolgen kann. — Hiergegen: Dörstling a. a. O. § 332 hat nur subsidiäre Bedeutung und sollte durch die angeführte Bestimmung der Versicherungsbedingungen gerade ausgeschlossen werden.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 339.

1. **RG.** 24. 9. 15 — JDR. 15 § 339, 1 — btr. mittelbares Konkurrenzmachen durch Hingabe von Geld, abgedruckt auch BauersZ. 24, 195.

2. **RG.** 31. 1. 17, R. 17 Nr. 364. Der Verkäufer eines Schlächtereigeschäfts verstößt gegen ein Wettbewerbsverbot, dessen Zweck die Erhaltung und Sicherung des mitverkauften Kundenkreises auf absehbare Zeit ist, nicht dadurch, daß er lange nach Schluß seines früheren Geschäfts in seinem eigenen Hause ein Schlächtereigeschäft neu einrichten läßt und die Räume an einen Dritten vermietet, der es 1½ Jahre nach Schluß des früheren eröffnet. Denn dieser neue Betrieb hat nicht die gleiche Gefahr für den Käufer, wie der frühere; er vereitelt oder gefährdet den oben angegebenen Zweck des Wettbewerbsverbots nicht.

3. **RG.** 22. 5. 17, R. 17, 408. Die Vereinbarung, daß für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung an dem bestimmten Termine zur Ausgleichung des Verzugsschadens

eine Vertragsstrafe in gewisser Höhe zu zahlen sei, verliert ihre Bedeutung als Strafgedinge, wenn infolge des Kriegs nicht zum bestimmten Termine geliefert werden kann und nicht geliefert zu werden braucht. Aber sie bleibt insoweit bestehen, als in ihr die Höchstgrenze eines Verzugsschadens festgesetzt und die Haftung für Verzugsschaden übernommen ist.

4. Hamm 26. 3. 14, OLG. 33, 233. Stehen Parteien miteinander in einem jahrelangen Geschäftsverkehr, dann darf die zu einer Vertragsstrafe berechtigte Partei nicht zu scharf vorgehen. Insbesondere darf sie, wenn die Strafe für eine Zuwiderhandlung vereinbart ist, eine ihr zur Kenntnis gekommene Verfehlung nicht mit Stillschweigen übergehen und stillschweigend jahrelang dulden. Vielmehr muß sie den Gegner verwarnen und ihm erkennbar machen, daß sie die Strafe fordern werde, wenn nicht die Zuwiderhandlung aufhöre.

5. Hamburg 11. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 190, LeipzZ. 17, 1147, SeuffA. 72, 255. § 339 ist dispositiver Natur. Die Parteien können in allen Fällen die Verwirkung der Strafe von einem Verschulden des Zuwiderhandelnden abhängig machen. Die Annahme einer dahin gehenden Vereinbarung rechtfertigt sich schon mit Rücksicht auf den außerordentlichen hohen Betrag der Vertragsstrafe, die für jeden Fall der Zuwiderhandlung festgesetzt ist.

6. Hamburg 11. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 190, R. 17 Nr. 1234, SeuffA. 72, 255. § 339 Satz 2 befreit den Gläubiger nur von dem Nachweise des Verschuldens, gestattet aber dem Schuldner den Mangel eines solchen als Befreiungsgrund geltend zu machen und zu beweisen (vgl. **RG.** 63, 117). Der Ansicht des **RG.** 55, 79, daß, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt sei ohne Rücksicht darauf, ob den Schuldner ein Verschulden treffe oder nicht, ist nicht beizutreten.

§ 340.

RG. 8. 3. 17, GruchotsBeitr. 61, 629, R. 17 Nr. 1017, WarnE. 17, 205. Den erforderlichen Nachweis dafür, daß der ihm wirklich entstandene Schaden wegen Nichterfüllung den Betrag der Strafe übersteigt, kann der Gläubiger nur in der Weise erbringen, daß er eine umfassende, den Wert der beiderseitigen Leistungen in Vergleich setzende Liquidation aufstellt und so zur Gesamthöhe des Schadens gelangt. Daher kann der Käufer, obwohl er die Strafe in voller Höhe fordert, nicht gleichzeitig geltend machen, daß die Kaufpreisforderung, die doch immer die Bedeutung eines der Rechnungsfaktoren für die Schadenshöhe hat, — vgl. oben § 326 XII 2 — infolge der Nichterfüllung ohne weiteres in Wegfall gekommen sei; denn auf diese Weise würde er einen und denselben Gesichtspunkt doppelt verwerten.

§ 341.

1. KG. 8. 10. 15, OLG. 33, 233. Derjenige, dem der Vertrieb eines Arzneimittels übertragen ist unter Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung gegen den Vertrag, erfüllt seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, wenn er zwar die Lieferung des Mittels nicht ablehnt, aber bei der Lieferung eine Äußerung tut, die geeignet ist, in dem Kauflustigen der Wahrheit zuwider eine unbegründete ungünstige Stimmung über das Wesen des Mittels hervorzurufen.

2. **RG.** 4. 5. 17, R. 17 Nr. 1597. § 341 Abs. 3 ist nicht zwingender Natur und der Abänderung durch Parteivereinbarung nicht entzogen.

Fünfter Titel. Rücktritt.

§ 346.

1. München 17. 3. 15, OLG. 33, 236. Die §§ 346ff. sind nicht anwendbar, wenn der ursprüngliche Vertrag im Wege gegenseitiger stillschweigender Übereinkunft wieder aufgehoben wird. In einem solchen Falle wird allgemein davon auszugehen sein, daß alle

besonderen Ansprüche, die ein Vertragsteil noch erheben will, bei Gelegenheit der Aufhebung auch dem anderen Teil gegenüber geltend gemacht werden müssen, und daß kein Vertragsteil nachträglich Forderungen geltend machen darf, die mit dem aufgelösten Rechtsverhältnis noch unmittelbar zusammenhängen.

2. **RG.** 11. 10. 16, R. 17 Nr. 794. Stand eine nach dem Rücktritt zu löschende Sicherungshypothek formell nur auf den Namen des einen Verkäufers, sachlich aber auch dessen Mitkäufer zu, so kann letzterer auf Beschaffung der Löschungsbewilligung mit verklagt werden, wenn die Sicherungshypothek inzwischen an einen Dritten übergegangen ist.

§ 351.

Dresden 12. 10. 16, SächsRpflA. 17, 221. Kann der Rücktrittsberechtigte den empfangenen Gegenstand nicht mehr zurückgeben, dann liegt es ihm ob, darzutun, daß ihm die unsachgemäße Behandlung des Gegenstands, die die Rückgabeunmöglichkeit verursacht hat, nicht zum Verschulden gereicht.

§ 361.

1. Posen 22. 2. 17, PosMSchr. 17, 6. Die Klausel, „sofort" oder „prompt" zu leisten, enthält keine Abrede eines Fixgeschäfts.

2. Hamburg 1. 11. 16, OLG. 34, 19, SeuffA. 72, 115. Der bei dem überseeischen Abladegeschäft geltende Grundsatz, daß bei Nichteinhaltung der bestimmten Abladezeit der Käufer den Vertrag nicht als erfüllt gelten zu lassen braucht, gilt für den binnenländischen Verkehr nicht.

3. Freymuth, Die Beweislast beim Fixgeschäft. HoldheimsMSchr. 16, 165. Fordert der Verkäufer den Kaufpreis der von ihm gelieferten Ware, und macht der Käufer geltend, es liege ein Fixgeschäft vor, und er sei wegen nicht rechtzeitiger Lieferung mit Recht von dem Vertrage zurückgetreten, so hat der klagende Verkäufer, wenn Streit über die Tatsachen herrscht, deren Vorhandensein dem Geschäft zweifellos den Charakter des Fixgeschäfts geben würde, seine Darstellung zu beweisen.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

§ 362.

1. **RG.** 10. 1. 17, BankA. 16, 195, R. 17 Nr. 366. Ist dem Schuldner im Vertrage die Befugnis eingeräumt, sich durch eine andere als die ursprünglich geschuldete Leistung von seiner Verbindlichkeit zu befreien, z. B. statt Barzahlung zu leisten, sein Bankguthaben abzutreten, und bewirkt er diese andere Leistung, dann liegt direkte Erfüllung, nicht Hingabe an Erfüllungsstatt vor (**RG.** 51, 75). Durch diese Leistung erlischt die Schuld. Daß die andere Leistung sich später als wertlos herausstellt, z. B. die Bank zusammenbricht, gegen die dem Schuldner die abgetretene Forderung zugestanden hat, ist unerheblich, wenn nicht Arglist des Schuldners vorliegt.

2. **RG.** 6. 10. 16 — btr. Zahlung durch telegraphische Übermittlung — JDR. 15, 6a, abgedruckt auch HansGZ. 17 Hptbl. 9, LeipzZ. 17, 404, R. 17 Nr. 778.

3. Braunschweig 9. 6. 14, OLG. 33, 277. Der Eingang eines Schecks bei dem Gläubiger genügt nicht zur Wahrung der Zahlungsfrist, auch wenn der Gläubiger ihn nicht sofort zurückweist, sondern seine Einlösung bei der als Zahlstelle angegebenen Bank versucht. Dies Verhalten des Gläubigers ist nicht so zu verstehen, daß er den Scheck schlechthin zahlungshalber annimmt, sondern nur so, daß er ihn annimmt unter der Bedingung, daß seine Einlösung innerhalb der Frist möglich sein werde.

§ 363.

RG. 17. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 111, R. 17 Nr. 1598. Zur Annahme als Erfüllung genügt ein Verhalten des Gläubigers, wodurch dessen Willen erkennbar wird, die

Leistung, die ihm vom Schuldner angeboten wird, als die ihm zustehende anzunehmen, z. B., wenn es sich um einen Kauf handelt, die Ware als die von ihm gekaufte anzunehmen, um sie, falls sich nicht etwa die Berechtigung zur Wandlung ergeben sollte, zu behalten (**RG.** 66, 282). Ein solches Verhalten des Verkäufers liegt darin, daß er die ihm übersandte Ware ohne jeden Vorbehalt auf sein Lager nimmt und drei Monate in Besitz hält, trotz der Verschiedenheit in der Farbe zwischen der Ware und der Kaufprobe eine Beanstandung absichtlich unterläßt und 16 Tage nach Empfang den Kaufpreis ohne Vorbehalt zahlt, obwohl er erst „nach Richtigbefund" zu zahlen verpflichtet ist.

§ 364.

1. Hamburg 14. 7. 16, OLG. 34, 82. Regelmäßig werden Wechselakzepte nur zahlungshalber gegeben, so daß ihre Hingabe und Annahme nur ein die Hauptschuld an sich nicht beseitigender besonders gearteter Zahlungsversuch des Schuldners und ihre Verlängerung eine besonders geartete Stundung der eigentlichen materiellen Schuld bedeutet.

2. Dresden 8. 11. 16, SächsRpflA. 17, 20, SeuffA. 72, 155. Auch wenn kaufmännischer Übung entsprechend der dem Gläubiger für eine Schuld gegebene Wechsel als Einnahme gebucht wird, liegt, falls nicht ein besonderes abweichendes Abkommen getroffen ist, nur Hingabe des Wechsels erfüllungshalber vor, der zufolge die alte Schuld in Höhe des Wechsels erst durch dessen Zahlung erlöschen soll. Der Gläubiger ist dann verpflichtet, zunächst aus dem Wechsel Befriedigung zu suchen, und zwar mit der im Verkehr erforderlicher Sorgfalt; kann er diese Befriedigung aber nicht erlangen, dann steht der Geltendmachung seiner ursprünglichen Forderung gegen den Schuldner nichts entgegen.

3. Dresden 29. 2. 16, OLG. 34, 374, SächsOLG. 37, 447, SeuffA. 72, 333. Der Verkäufer, der einen Wechsel auf seine Forderung in Zahlung nimmt, hat die Verpflichtung, zunächst aus dem Wechsel Befriedigung zu suchen. Auf die Kaufpreisforderung kann er nicht zurückgreifen, wenn er die Wechselvaluta behalten oder den Wechsel seinem Geber nicht so zurückgeben kann, daß dieser gegen die daraus verpflichteten Personen vorzugehen in der Lage ist.

4. Posen 29. 1. 17, PosMSchr. 16, 116. Bei Eingehung einer Wechselverbindlichkeit oder Annahme eines Akzepts zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers liegt es regelmäßig in der Absicht der Beteiligten, daß der Gläubiger nicht nach Willkür die eine oder die andere Forderung geltend machen, vielmehr verpflichtet sein soll, in erster Reihe von dem ihm gewährten Befriedigungsmittel Gebrauch zu machen, auf die eigentliche Forderung dagegen erst dann zurückgehen darf, wenn sich das bezeichnete Mittel zur Befriedigung des Gläubigers als untauglich erwiesen hat.

5. Stuttgart 5. 12. 16, R. 17 Nr. 584. In der Annahme eines Wechsels mit einem fernerliegenden Fälligkeitstermin auf eine fällige Forderung liegt im Zweifel eine Stundung dieser bürgerlich-rechtlichen Forderung. Der Wechselnehmer kann auf diese bis zur Fälligkeit des Wechsels nicht zurückgreifen. Er ist dem Wechselgeber gegenüber verpflichtet, die Verfallzeit abzuwarten und dann am Fälligkeitstermin die wechselmäßigen Einziehungsakte vorzunehmen, wenn er nicht lieber — was ihm freisteht — den Wechsel weiter diskontiert und dann den bei der Diskontierung etwa sich ergebenden Verlust trägt.

6. Siehe auch § 416, 2.

§ 365.

Klein, LeipzZ. 17, 954, hält an seiner früher — HessRspr. 04, 55 — dargelegten Auffassung fest, daß das Schenkungsrecht als Spezialrecht den allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse vorgeht, insbesondere die §§ 523, 524 die Haftung des Schenkers gegenüber der allgemeinen Regel des § 365 abmildern.

§ 366.

LG. Frankfurt a. M. 19. 1. 17, FrankfRdsch. 50, 279. § 366 ist auch auf erzwungene Zahlungen anwendbar d. h. auf Zahlungen, die im Wege des Pfandverkaufs oder der

Zwangsvollstreckung herbeigeführt werden. Die Sicherheit einer Forderung wird durch die Erlangung oder Nichterlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels an sich nicht berührt; deshalb bietet das Vorliegen eines solchen keine größere Sicherheit für die Forderung. Aber diejenige von mehreren Forderungen, für welche der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel in der Hand hat, ist die dem Schuldner lästigere (**RG.** 66, 275).

§ 368.

1. GesuR. 17, 192. Auch wenn durch Postscheck, Banküberweisung oder Postanweisung gezahlt wird, hat der Gläubiger dem Schuldner Quittung zu erteilen.

2. Braunschweig 19. 11. 15, OLG. 33, 236. Die Quittung enthält nur ausnahmsweise einen negativen Anerkennungsvertrag. In der Regel bildet sie nur eine Beweisurkunde, die durch einfachen Gegenbeweis entkräftbar ist. Der Gläubiger braucht deshalb zur Entkräftung einer Quittung lediglich deren Unrichtigkeit zu beweisen, dagegen seinen Irrtum nicht einmal in dem Falle, daß die Quittung ausnahmsweise ein wirkliches vertragsmäßiges Anerkenntnis der Nichtschuld darstellt (**RG.** 60, 420, JW. 06, 351; 10, 109).

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 372.

1. **RG.** 9. 2. 17; 89, 401, JW. 17, 464, LeipzZ. 17, 590, R. 17 Nr. 585. Eine Sparkasse ist zur Hinterlegung des Betrags der Spareinlage berechtigt, wenn mehrere Personen Ansprüche auf die Sparkassenforderung erheben, nämlich der Rechtsnachfolger des Zessionars des ursprünglichen Gläubigers, auf dessen Namen das Sparkassenbuch umgeschrieben ist, und der ursprüngliche Gläubiger, welcher der Auszahlung an den Zessionar widerspricht, nachdem er die Abtretung an diesen wegen arglistiger Täuschung angefochten und eine einstweilige Verfügung gegen diesen erwirkt hat, die ihm die Verfügung über die Forderung untersagt. In diesem Falle ist der Sparkasse nicht erkennbar, welcher der beiden Bewerber das Recht auf seiner Seite hat (vgl. **RG.** 70, 90). Daß die Sparkasse berechtigt ist, an den Vorzeiger des Buchs mit befreiender Wirkung zu leisten, steht ihrer Hinterlegungsbefugnis nicht entgegen. Eine Pflicht, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, besteht nicht, und es ist der Sparkasse nicht zuzumuten, dies zu tun und sich dem Vorwurfe leichtsinniger oder gar mutwilliger Schädigung der Interessen des wahren Berechtigten und der Möglichkeit der Versagung des eigenen Schutzes gegen Doppelzahlung auszusetzen. Auch dem Wesen der Sparkassenbücher und den Anforderungen des Verkehrs widerspricht die Gewährung des Hinterlegungsrechts in Fällen der vorgedachten Art nicht.

2. LG. Leipzig 6. 10. 16, LeipzZ. 17, 84. Der Konkursverwalter ist berechtigt, einen in den Räumen des Gemeinschuldners befindlichen Gegenstand, von dem er weiß, daß er nicht zur Konkursmasse gehört, aber nicht feststellen kann, wem von den mehreren Personen er gehört, die Eigentumsansprüche auf ihn erheben, unter Ausschluß jeden Anspruchs seinerseits dem Gewahrsam eines Dritten (Spediteurs) anzuvertrauen. § 372 ist in diesem Falle entsprechend anzuwenden.

§ 376.

Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts. ABürgR. 42, 296. In dem Verzicht auf Rücknahme der hinterlegten Sache liegt die Wahl der strengeren Hinterlegungsform gegenüber der milderen gesetzlichen, um damit den Vorteil der sofortigen Schuldbefreiung zu erlangen, nicht etwa liegt ein Verzicht auf das Sacheigentum vor (316).

Dritter Titel. Aufrechnung.

Schrifttum: Schumann, Können privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden? Borna-Leipzig 1916 (Diss.).

§ 387.

1. **RG.** 20. 2. 17, R. 17 Nr. 795, WarnE. 17, 297. Die Forderung eines Dritten wird durch dessen bloße Zustimmung nicht aufrechenbar. Deshalb kann auch eine Gesell-

schaftsforderung von einem wegen einer Privatschuld belangten Gesellschafter trotz Einverständnisses der anderen Gesellschafter nicht aufgerechnet werden (**RG.** 78, 383, LeipzZ. 07, 427, WarnE. 12, 416). Sind dagegen sämtliche Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft für eine Gesellschaftsschuld verklagt, dann können sie mit einer Gesellschaftsforderung gemeinschaftlich aufrechnen.

2. a) **RG.** 11. 5. 17, LeipzZ. 17, 853. Durch die Klausel „sofortige rein netto Kasse bei Empfang der Faktura" wird das Recht des Käufers zur Aufrechnung gegen die Kaufpreisforderung nicht ausgeschlossen.

b) Karlsruhe 18. 2. 14, OLG. 33, 238. In der Vereinbarung, daß der Schuldner seine Schuld durch Barzahlung tilgen müsse, liegt ein Verzicht auf die Aufrechnung.

c) Stuttgart 3. 4. 17, R. 17 Nr. 1240, WürttZ. 17, 68. Die Bestimmung der Barzahlung des Kaufpreises in einem Kaufvertrage kann nicht allgemein als Vereinbarung des Ausschlusses der Aufrechnung verstanden werden. Die Entscheidung dieser Frage hängt ganz von den begleitenden Umständen ab; etwas anderes besagt auch **RG.** 60, 357 nicht. Bei zweifelhafter Sachlage trifft trotz des Ausdrucks „Barzahlung" die Beweislast für den vertragsmäßigen Ausschluß der Aufrechnung den Verkäufer, der sich auf den Ausschluß beruft.

3. Braunschweig 19. 11. 15, OLG. 33, 236. Ein Aufrechnungsvertrag ist ohne weiteres wirkungslos, wenn die eine der beiden Forderungen gar nicht besteht (JW. 10, 752).

4. Philipp, Zur Frage der Aufrechnung im Prozeß, BayRpflZ. 17, 173 behandelt die prozessuale und materiell-rechtliche Wirksamkeit der Erklärung der Aufrechnung im Prozeß und die Frage, ob und inwieweit die letztere von dem Schicksal der Aufrechnung im Prozesse und diesem selbst abhängig ist.

§ 389.

1. Hamburg 22. 5. 17, LeipzZ. 17, 1194, R. 17 Nr. 593, SeuffA. 72, 282. Wenn die eine Partei dieselbe Ware, die sie der anderen verkauft hatte, in Kompensation mit diesen Kaufverträgen zurückkauft, dann ist eine effektive Erfüllung dieser sich gegenüberstehenden Verträge begrifflich ausgeschlossen. Vielmehr hat grundsätzlich die Aufrechnung der beiderseitigen Forderungen im Augenblicke ihres Gegenübertretens d. h. der Abschließung des Rückkaufs- und Kompensationsvertrags stattgefunden und ist der einen Partei eine Forderung auf die überschießende Differenz der Kaufpreise erwachsen.

2. a) KG. 23. 6. 14, OLG. 33, 239. Wird eine Forderung in einem Prozesse zur Aufrechnung gestellt, dann erlischt sie — unter der Voraussetzung des Bestehens der beiderseitigen Forderungen — auch wenn im weiteren Verlaufe des Prozesses auf diese Forderung nicht mehr zurückgekommen worden ist. Denn die einmal abgegebene Aufrechnungserklärung hat, wenn die beiden einander gegenüberstehenden Forderungen bestanden, ihr beiderseitiges Erlöschen bewirkt, soweit sie sich deckten. Wenn das im Prozesse nicht berücksichtigt worden ist, so mag das Urteil insofern objektiv falsch sein. Jetzt kann aber die damals zur Aufrechnung verstellt gewesene Forderung nicht in einem neuen Rechtsstreit wieder aufgenommen werden; sie ist getilgt.

b) Philipp, BayRpflZ. 17, 173. Die durch die Abgabe der Aufrechnungserklärung erfolgte Tilgung der Forderungen ist eine endgültige. Auch der mit Einwilligung des Gegners erfolgte Widerruf der rechtsgeschäftlichen Aufrechnungserklärung ist nicht imstande, die erloschene Gegenforderung wieder ins Leben zu rufen. Nur in unmittelbarem Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner verpflichtet die Vereinbarung, die getilgte Schuld solle als nicht getilgt gelten, gemäß § 140 die Parteien schuldrechtlich neu, sich so behandeln zu lassen, als ob die alte Schuld noch bestehe (vgl. § 387, 4).

§ 390.

Dresden 20. 11. 16, SeuffA. 72, 128. Für die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Aufrechnung der Forderung eines Nachlaßgläubigers gegen eine nicht zum

Nachlasse gehörende Forderung des Erben sind bei dem Fehlen einer dem § 1977 entsprechenden Vorschrift für die Fälle des § 1990 die allgemeinen Grundsätze der §§ 387ff. maßgebend. Steht der Forderung des Nachlaßgläubigers die Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses entgegen, dann ist eine Aufrechnung mit ihr nach § 390 unzulässig.

§ 393.

RG. 29. 1. 17, R. 17 Nr. 586. § 393 kommt nicht zur Anwendung, wenn der Kl. nicht einen Anspruch aus einer gegen ihn vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung, sondern einen Anspruch auf Bereicherung wegen der aus § 138 folgenden Nichtigkeit eines abgeschlossenen Vertrags geltend macht.

§ 394.

1. Flatow, Das Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen, LeipzZ. 17, 450. § 394 ist seines öffentlich-rechtlichen Charakters willen eine zwingende absolut gültige Vorschrift. Deshalb ist auch eine Aufrechnung mit Gegenforderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen unzulässig; insoweit kann dem **RG.** 26. 5. 14 (85, 14) — JDR. 14, § 394, 3 — nicht beigetreten werden (vgl. § 273).

2. Hamburg 1. 11. 16, OLG. 34, 252, R. 17 Nr. 26, SeuffA. 72, 128. Gegen den Anspruch der Frau auf Vorschuß der Prozeßkosten aus § 1387 findet eine Aufrechnung nicht statt, da die Vorschußforderung der Frau wegen Gleichheit des Rechtsgrundes analog einer gesetzlichen Unterhaltsforderung zu behandeln und daher nach § 850 Nr. 2 ZPO. unpfändbar ist.

3. a) **RG.** 9. 1. 17; 89, 199, JW. 17, 479, LeipzZ. 17, 399. Der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen Forderungen des unter Geschäftsaufsicht stehenden Gläubigers steht § 394 nicht entgegen. Diese Vorschrift bezieht sich auf Forderungen, die ihrem Wesen nach einem zwangsweisen Zugriff nicht unterliegen sollen und eben deshalb wie der Pfändung so der Aufrechnung entzogen sind. Die Bedeutung des Ausschlusses besteht darin, daß Pfändung und Aufrechnung bei solchen Forderungen auch dann unzulässig sind, wenn eine Zwangsvollstreckung gegen ihren Inhaber im allgemeinen zulässig ist. Hier handelt es sich aber um den umgekehrten Fall. Die Zwangsvollstreckung ist nach § 9 BRVO. vom 14. 8. 14 ausgeschlossen, und nur aus diesem Grunde, nicht, weil es sich um unpfändbare Forderungen handelt, kann eine Zwangsvollstreckung in Forderungen der unter Geschäftsaufsicht Stehenden für die Dauer der Geschäftsaufsicht nicht stattfinden. Dem OLG. Nürnberg (LeipzZ. 15, 1174) und Braunschweig (LeipzZ. 16, 179) ist nicht beizutreten. → Zu vgl. Kriegsbuch 5, 78. ←

b) Stuttgart 3. 4. 17, WürttZ. 17, 68. Die Aufrechnung ist nicht deshalb unzulässig, weil der Aufrechnende unter Geschäftsaufsicht steht.

Vierter Titel. Erlaß.

Schrifttum: Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts, ABürgR. 42, 296.

§ 397.

1. Du Chesne. Zum Zustandekommen eines Schulderlasses bedarf es eines Annahmewillens des Schuldners und eines Erkennbarwerdens dieses Willens, die aber beide wegen ihrer besonders großen Wahrscheinlichkeit vermutet werden können (301).

2. Über die Quittung als negativen Schuldanerkennungsvertrag: § 368, 2.

3. a) Posen 13. 7. 17, PosMSchr. 17, 61. In der Erhebung einer Teilklage kann unter Umständen ein Verzicht auf die Restforderung gefunden werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Kl. in der Klage sagt, ihm stehe zwar eine höhere Forderung zu, er wolle aber nur den mit der Klage geforderten Teilbetrag geltend machen.

b) Du Chesne. Der Verzicht läßt sich als eine besondere Rechtsgestaltung überhaupt nicht einheitlich darstellen, es muß vielmehr in jedem Fall seine Bedeutung aufgesucht werden. Im weiteren wird dann die Frage behandelt, in welcher Weise die verschiedenen

Arten des Verzichts erfolgen, z. B. der Eigentumsverzicht, der Verzicht auf absolute Rechte an Grundstücken, der Verzicht auf relative Rechte, auf künftigen Erwerb von Anwartschaften, auf die im Gesetze zugelassene mildere Form der Haftung.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Schrifttum: Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32.

§ 398.

1. **RG.** 27. 4. 17, R. 17 Nr. 1242. In der bloßen Anzeige, man habe seinen Schuldner zur Leistung an den Empfänger der Anzeige veranlaßt, braucht eine Abtretung des Leistungsanspruchs an diesen nicht zu liegen.

2. **RG.** 4. 4. 17, R. 17 Nr. 1241 (JDR. 14, 2). Die Abtretung künftiger und bedingter Forderungen ist wirksam, ebenso auch die bedingte Abtretung künftiger Forderungen.

3. **RG.** 28. 11. 16, R. 17 Nr. 27. Eine Rechtsübertragung, die sich in Wahrheit darauf beschränkt, dem Zessionar die Möglichkeit zu eröffnen, etwaige Beschlagnahmen der Forderung durch Berufung auf die Abtretungsurkunde zu vereiteln und anderen Gläubigern gegenüber ein Vorzugsrecht zu haben, entspricht nicht dem begrifflichen Wesen der Abtretung und ist unwirksam.

4. Ausschluß des Übergangs der Einziehungsbefugnis auf den neuen Gläubiger (JDR. 14, 1; 15, 2). a) **RG.** 23. 5. 17; 90, 274. Eine rechtswirksame Abtretung liegt nicht vor, wenn der Abtretende vereinbarungsgemäß berechtigt bleiben soll, im eigenen Namen die Forderung von dem Schuldner einzuziehen. Das gilt jedoch nur dann, wenn das Recht zur Einziehung im eigenen Namen auf den Zessionar überhaupt nicht übergehen, sondern dauernd und bedingungslos bei dem bisherigen Gläubiger verbleiben soll. Dagegen ist eine Abtretung gültig, bei der vereinbart ist, daß dem Abtretenden nur noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zum Eintritt einer Bedingung das Recht zur Einziehung im eigenen Namen zustehen soll (JW. 05, 718; 14, 528; 16, 959).

b) München 18. 10. 16, SeuffA. 72, 79. Die Vereinbarung, daß der Zessionar nicht verpflichtet ist, die Schuldner von der Abtretung zu verständigen, und daß der Zedent bis zu einem bestimmten Ereignis nach wie vor berechtigt sein soll, die abgetretenen Forderungen im eigenen Namen einzukassieren, widerspricht dem Wesen der Abtretung. Die Forderungsabtretung als dingliche Vermögensverschiebung verträgt nicht, daß der Zedent dem Schuldner gegenüber nach wie vor als Selbstberechtigter auftritt und auftreten will (LeipzZ. 14, 1899), und auch eine Vertragsbestimmung, durch welche bezweckt wird, den Schuldnern die Unkenntnis zunächst nicht zu nehmen, die erforderlich ist, damit sie mit befreiender Wirkung an den Zedenten zahlen können, macht die Abtretung ebenfalls ungültig (**RG.** 37, 106, LeipzZ. 16, 1006). Ist vereinbart, daß die Abtretung bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses wirksam werden soll, dann ist die Forderungsübertragung durch den Eintritt desselben bedingt und wird mit diesem rechtswirksam.

c) Hamburg 14. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 277. Die Gültigkeit einer Abtretung, bei der das Gläubigerrecht nach dem offenkundigen Willen beider Vertragschließenden dem Abtretenden verbleiben und nur unter gewissen Bedingungen auf den Zessionar übergehen soll, kann nicht anerkannt werden.

d) **RG.** 18. 5. 17; 90, 248. Auch bei der Sicherungsabtretung wird ein Ausscheiden der Forderung aus dem Vermögen des einen und der Übergang in das Vermögen des anderen Teils vorausgesetzt. Eine Abtretung liegt daher nicht vor, wenn dem Abtretenden das Recht verbleiben soll, die Forderung für eigene Rechnung einzuziehen.

5. Erfordernis der genügenden Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung (JDR. 14, 2, 3; 15, 4). a) **RG.** 6. 2. 17, R. 17 Nr. 587. Werden näher bezeichnete Waren sicherungshalber veräußert mit der Abrede, daß der Schuldner als Kommissionär des Gläubigers über sie zu verfügen berechtigt sein soll, und wird dabei verein-

einbart, daß der Schuldner dem Gläubiger jeden Monat eine Aufstellung über die verkauften Waren vorzulegen hat, dann sind die Forderungen aus dem demnächstigen Verkaufe der Waren ausreichend bestimmbar, da sie sich aus diesem Verzeichnisse ergeben müssen, und es ist deshalb nicht unzulässig, wenn der Schuldner bereits im Sicherungsübereignungsvertrage diese Forderungen an den Gläubiger abtritt.

b) Hamburg 4. 7. 17, R. 17 Nr. 1972. Eine Abtretung der „sämtlichen Forderungen", die ein Viehhändler oder Kommissionär „aus seinen Viehverkäufen hat und / oder erwirbt", ist wegen der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der abzutretenden Forderungen unwirksam.

c) **RG.** 18. 5. 17; 90, 248, JW. 17, 764. Die Abtretung der jeweils jüngsten Forderungen einer Gesellschaft bis zum Betrage von 20000 M. ist wegen Unbestimmtheit unwirksam, da nach diesem Abkommen der Gegenstand der Abtretung ständig wechseln soll und eine endgültige Feststellung, welche Forderungen abgetreten sein sollen, erst nach Beendigung der Gesellschaft möglich ist, selbst in diesem Zeitpunkt aber noch Zweifel, wie z. B. bei gleichzeitig entstandenen Forderungen, denkbar sind. Eine solche Unsicherheit bezüglich des Gegenstands der Abtretung darf im Rechtsverkehr nicht zugelassen werden. — Hierzu: Plum, JW. 17, 764.

6. **RG.** 4. 4. 17, R. 17 Nr. 1224. Um bei unklarer Ausdrucksweise den Umfang einer Abtretung festzustellen, können nicht allein die Willensrichtung und die Beweggründe des Abtretenden berücksichtigt werden.

7. Stuttgart 22. 12. 16, R. 17 Nr. 365. Die Rechte des Erwerbers einer Rate einer Forderung, deren einzelne Raten zu verschiedenen Zeitpunkten fällig werden, beschränken sich auf diesen abgetretenen Teil; an den anderen Raten derselben Forderung hat er keine Rechte. Verfügt der Zedent mit Wirkung gegen den Zessionar anderweit über die abgetretene Rate, dann tritt der Zessionar nicht von selbst in eine spätere noch freie Rate ein.

8. **RG.** 5. 7. 17, LeipzZ. 17, 1240. Die Abtretung an einen Treuhänder, um diesen in die Lage zu setzen, die Forderung in seinem Namen für Rechnung eines anderen geltend zu machen, ist möglich. Die Verpflichtung des Abtretungsempfängers, das auf die Forderung Eingegangene an denjenigen herauszugeben, für dessen Rechnung die Einziehung erfolgen soll, nimmt der Abtretung nichts von ihrer Wirksamkeit (**RG.** 39, 166; 53, 417; 78, 87; 81, 160, GruchotsBeitr. 53, 911; 54, 167).

9. a) **RG.** 9. 2. 17, JW. 17, 464. Die Sparguthabenforderung geht nur durch eine Abtretung auf einen neuen Gläubiger über. Die Übergabe des Sparkassenbuchs ist zum Übergang weder erforderlich noch genügend (JW. 10, 329); auch die Umschreibung des Buchs auf den Namen einer anderen Person begründet für diese kein unanfechtbares Recht; sie ist nur eine Beweisanzeige für die Abtretung (JW. 13, 30).

b) Vgl. auch § 518, 2.

10. Hamburg 12. 2. 15, OLG. 33, 319. Die Vereinbarung, daß eine von dem Grundstückseigentümer erklärte Abtretung von Mietforderungen erst dann Wirksamkeit habe, wenn der zur Zeit der Abtretung bestehende Nießbrauch „sich erledige", ist dahin zu verstehen, daß die Abtretung nur in dem Falle wirksam werden soll, wenn der Nießbrauch auf Grund des bestehenden Vertrags entweder durch Zeitablauf oder durch Nichterfüllung der Vertragspflichten des Nießbrauchers erlischt, nicht aber, wenn der Nießbrauch durch Zwangsversteigerung des Grundstücks untergeht.

11. Dresden 7. 7. 16, BayRpflZ. 17, 250. Da der Anspruch auf die Giebelmauerentschädigung erst mit dem Anbau an die Giebelwand des zuerst bebauten Grundstücks entsteht, ist eine vorherige Abtretung der Entschädigung nur in dem Umfange möglich, als eine Abtretung zukünftig erst entstehender Ansprüche zulässig ist (**RG.** 67, 425). Wirksam wird eine solche Abtretung erst, wenn der Anbau erfolgt, und zwar nur dann, wenn der Eigentümer, der im voraus den Anspruch abgetreten hatte, auch zur Zeit des Anbaus Eigentümer des zuerst bebauten Grundstücks ist, wenn also der Anspruch in der Person

des Abtretenden entsteht. Der Anspruch des Zessionars entsteht nur, wenn ohne die Abtretung ein gleicher Anspruch des Zedenten entstanden wäre.

12. **RG.** 9. 11. 16, LeipzZ. 17, 459. Die Grundsätze des BGB. über den gutgläubigen Erwerb von Sachen durch Unberechtigte erstrecken sich nicht auf Forderungen.

13. Sicherungsabtretung. a) **RG.** 16. 10./9. 11. 16, R. 17 Nr. 28. Da die für die rechtliche Natur der Sicherungsübereignung wesentliche Fiduzia u. a. darin besteht, daß der Gläubiger verpflichtet ist, den ihm übereigneten Gegenstand zurückzuübertragen, wenn seine Forderung getilgt wird, bevor er sich aus ihm befriedigt hat, kann von einer Sicherungsabtretung regelmäßig dann keine Rede sein, wenn die abgetretene Forderung erst nach dem Zeitpunkte entsteht oder geltend gemacht werden kann, in dem gewiß geworden ist, daß der Schuldner zur Tilgung der Hauptforderung nicht imstande ist. In solchem Fall macht sich der Gläubiger mit der ihm abgetretenen Forderung, sobald sie verwirklicht werden kann, bezahlt, und eine Rückübertragung schließt sich von selbst aus. Deshalb liegt eine Sicherungsabtretung nicht vor, wenn eine Ehefrau dem Gläubiger des Ehemanns diejenigen Ansprüche abtritt, die sie bei einem Konkurse des Mannes gegen diesen auf Rückgabe des eingebrachten Guts haben wird.

b) Vgl. auch oben 4d.

c) KG. 15. 4. 15, OLG. 33, 245. Ist bei der Sicherungsabtretung der Zessionar wegen seines Anspruchs, zu dessen Sicherung die Abtretung erfolgt ist, voll befriedigt, so fällt damit die Voraussetzung für das Bestehen seiner Rechte an der abgetretenen Forderung, es fällt das Kausalgeschäft, das der Abtretung zugrunde gelegen hatte, und gleichzeitig erwächst für den Zedenten das Recht, die abgetretene Forderung von dem Zessionar zu kondizieren.

d) Dresden 20. 1. 14, OLG. 33, 242. Derjenige, dem Forderungen erfüllungshalber zur Sicherstellung abgetreten werden, ist verpflichtet, zunächst aus diesen Forderungen mit verkehrsüblicher Sorgfalt seine Befriedigung zu suchen, insbesondere sie ordnungsmäßig beizutreiben und hierbei auch das Interesse des Abtretenden zu wahren (**RG.** 59, 191, WarnE. 13, 171). Solange er nicht dartut, daß die ihm durch die Abtretung gewährten Befriedigungsmittel zur Tilgung der Schuld des Abtretenden untauglich sind, ist er nicht berechtigt, auf das ursprüngliche Schuldverhältnis zurückzugreifen. Mindestens aber hat er über die auf Grund der Abtretung von ihm erlangten Beträge Rechnung zu legen. Diese Pflicht folgt nicht bloß aus § 666, sondern auch aus § 402. Denn er muß die abgetretenen Forderungen, will er sie nicht weiterhin zu seiner Befriedigung verwenden, dem Zedenten zurückabtreten. → Vgl. im übrigen 2 zu § 117 BGB. ←

14. Hamburg 24. 5. 16, OLG. 33, 246. Bei dem „Verkauf" („Zession") von „Kontrakten" durch Vertrag mit einem Dritten ohne Zuziehung des Vertragsgegners, wie er im Handelsverkehr nicht selten vorkommt, bedarf es, insoweit der Dritte die aus dem zweiseitigen Vertrage sich ergebenden Pflichten übernimmt, der Genehmigung des anderen Teils; soweit lediglich Vertragsrechte übertragen werden, ist die Übertragung auch ohne solche Genehmigung rechtswirksam. Da nun eine Vereinbarung der fraglichen Art ein einheitliches Ganze bildet, wird es regelmäßig eine Frage der Auslegung sein, ob die Vertragschließenden die Abtretung der Rechte auch für den Fall der Versagung der Genehmigung gewollt haben, oder ob dann die ganze Vereinbarung fallen soll.

§ 399.

BayObLG. 30. 10. 16, OLG. 34, 260. Eine zur Bestellung eines Heiratsguts begründete bestimmte Geldforderung ist nicht mehr an die Person des Berechtigten geknüpft und kann unbeschränkt übertragen werden.

§ 400.

1. **RG.** 30. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 301, R. 17 Nr. 29. Aus dem zugleich dem öffentlichen Interesse dienenden Zwecke der Vorschrift ergibt sich, daß das in § 400 aus-

gesprochene Gebot für den Gläubiger zwingend, daher eine dagegen verstoßende Abtretung nach § 134 nichtig und nicht bloß anfechtbar ist (WarnE. 12, 15).

2. **RG.** 16. 11. 16; 89, 233, ElsLothJZ. 17, 58, JW. 17, 224. Die nach § 12 UFürsG. auf die Betriebsverwaltung übergegangene Forderung kann von dieser weiter abgetreten werden. — Ebenso: Colmar 14. 7. 16, OLG. 34, 27.

§ 401.

1. **RG.** 3. 3. 17, LeipzZ. 17, 792, R. 17 Nr. 797, WarnE. 17, 223. § 401 enthält nicht zwingendes Recht. Für die Hypothek ordnet der § 1153 den Zusammenhang dieser mit der persönlichen Forderung als einen unlösbaren an.

2. a) **RG.** 8. 12. 16; 89, 193, LeipzZ. 17, 389, R. 17 Nr. 187. Bei der Besonderheit des durch die Sicherungsübereignung begründeten Rechtsverhältnisses, wonach der Erwerber die übereigneten Gegenstände zu Vollrecht erworben hatte und nur obligatorisch zur Rückübertragung verpflichtet ist, erscheint eine unmittelbare Anwendung der §§ 401, 412 nicht zulässig. Da der Fiduziar aber das ihm übertragene Recht nur zum Zwecke seiner Sicherung eingeräumt erhält und es nur so lange behalten soll, wie dieser Zweck es nötig macht, darf ohne weiteres als Wille der Beteiligten erachtet werden, daß der Gläubiger, dem Sachen zur Sicherheit übereignet sind, sein Recht auf den Bürgen, durch den er befriedigt worden ist, übertragen muß, und der Hauptschuldner einer solchen Übertragung im voraus zustimmt.

b) Frankfurt a. M. 8. 6. 16, FrankfRdsch. 50, 113. Eine entsprechende Anwendung des § 401 Abs. 1 auf die Rechte aus sog. Sicherungsübereignungen ist ausgeschlossen (SeuffA. 66, 408, R. 10 Nr. 2796). Wenn auch das fiduziarische Eigentum wirtschaftlich dem Pfandrechte nahe steht, so unterliegt es doch hinsichtlich seines Erwerbs und Verlustes besonderen Vorschriften, so daß es nicht als Nebenrecht der Forderung betrachtet werden kann. Es bedarf vielmehr, wenn es mit der Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen soll, einer besonderen Übertragung auf diesen, also bei Forderungen, die zur Sicherung übereignet sind, einer besonderen Abtretung bzw. einer besonderen Überweisung.

3. **RG.** 16. 11. 16, LeipzZ. 17, 320. Die Rechte aus einer für die abgetretene Forderung bestellten Bürgschaft gehen mit der Abtretung kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über. Ein stillschweigender Vorbehalt oder ein Irrtum des bisherigen Gläubigers über das Bestehen oder die Zugehörigkeit der Bürgschaft zur abgetretenen Forderung sind ebenso unbeachtlich, wie ein Irrtum des neuen Gläubigers. Doch kann der Übergang durch eine auf seinen Ausschluß gerichtete Vereinbarung des bisherigen und des neuen Gläubigers ausgeschlossen werden.

4. Dresden 9. 6. 14, OLG. 34, 48 Anm. Der Sicherungsanspruch des § 648 geht auch ohne ausdrückliche Erklärung auf den Zessionar aus dem Werkvertrage über.

5. München 28. 1. 15, OLG. 33, 318 Anm. Hat sich der Vermieter bei Vermietung von Wirtschaftsräumen verpflichtet, das vom Bürgen der Mieter beizustellende Inventar bei Beendigung der Miete zu bestimmtem Preise zu übernehmen, so geht die in diesem Sonderabkommen zwischen Bürgen und Vermieter begründete und sich nicht aus dem Mietverhältnisse ergebende Ablösungsverpflichtung nicht auf den Ersteher des Anwesens über. Dagegen geht das akzessorische Recht aus dem Bürgschaftsvertrage als Nebenrecht mit den aus dem Mietvertrage sich ergebenden Rechten über.

§ 404.

1. **RG.** 23. 6. 17, LeipzZ. 17, 1171. Die Einwendung ist zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet, wenn der Rechtsgrund, auf dem sie beruht, in dem Schuldverhältnisse liegt, wie es zur Zeit der Abtretung bestand (WarnE. 09, 317, 11, 23). Auf den Zeitpunkt der Ausübung des Rechts kommt es für die Anwendung des § 404 nicht an.

2. **RG.** 28. 4. 17, LeipzZ. 17, 1050, R. 17 Nr. 1395. Der Grundstückseigentümer kann eine die Geltendmachung der Forderung dauernd ausschließende Einrede, die bereits

bei Abtretung der Hypothek bestand, und demnach auch den darauf gegründeten Löschungsanspruch gemäß § 404, der in Ansehung der Hypothek durch § 1156 nicht ausgeschlossen ist, an sich auch dem neuen Gläubiger entgegensetzen. Es gelten aber die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 891—899) in Verbindung mit § 1140 auch für diese Einrede.

3. Siehe § 671.

4. **RG.** 17. 1. 17, R. 17 Nr. 588. Eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, daß die Geltendmachung von Einwendungen gegenüber einem etwaigen Zessionar ausgeschlossen sein soll, ist zulässig. Eine stillschweigende Willenserklärung in dieser Richtung liegt aber nur dann vor, wenn sich dieser Wille aus einem unzweideutigen Verhalten der Beteiligten ergibt (**RG.** 71, 32); die erkennbare Absicht, daß der Gläubiger die Forderung zur Kreditverschaffung verwenden soll, genügt in dieser Hinsicht nicht.

§ 405.

1. **RG.** 4. 4. 17, R. 17 Nr. 1244. Auf einen Geheimrevers kann sich der Aussteller einem Dritten gegenüber nicht zum Zwecke der Bekämpfung beurkundeter Ansprüche berufen, wenn er wußte, daß die Schuldurkunde dem Dritten zwecks Krediterlangung vorgelegt, der die Verpflichtung wiederaufhebende Revers ihm aber verheimlicht werden sollte. Es tritt hier ein Rechtsgedanke wie im § 405 zutage, wenn § 405 auch über sein bestimmt umgrenztes Anwendungsgebiet hinaus nicht ausgedehnt werden soll (**RG.** 71, 30; 74, 421).

2. **RG.** 23. 5. 17; 90, 274/277, JW. 17, 901. Ob über die Vorschriften über den Rechtserwerb im guten Glauben (§§ 892, 893, 932ff., 1032, 1207) und die der §§ 172, 405, 409, 576 hinaus gegenüber einem Dritten, der im Falle der zum Schein erfolgten Abtretung eines Rechts von dem Erwerber gutgläubige Rechte erworben hat, von dem die Abtretung Erklärenden stets nicht geltend gemacht werden kann, er habe das Recht nur zum Schein abgetreten, kann dahingestellt bleiben. Wenn aber der Gläubiger einer Briefhypothek eine schriftliche, die Erklärung der Abtretung zum Eigentum enthaltende Abtretungsurkunde ausstellt und sie nebst dem Hypothekenbriefe dem Zessionar übergibt, muß es ihm versagt werden, gegenüber einem Dritten, der seinerseits von dem Zessionar durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefs formgerecht die Hypothek erwirbt in dem guten Glauben, daß der Zessionar zufolge der an ihn bewirkten Abtretung und Übergabe des Hypothekenbriefs Gläubiger der Hypothek sei, sich darauf zu berufen, daß er die Hypothek in Wirklichkeit nur zum Schein abgetreten habe und ihm daher trotz der schriftlich erklärten Abtretung zum Eigentum und der Übergabe des Hypothekenbriefs an den Zessionar die Hypothek noch gehöre. Der Dritte würde anderenfalls mit Unrecht Schaden erleiden, während dem Zedenten kein Unrecht geschieht, wenn er dem Dritten gegenüber an der Tatsache festgehalten wird, daß er durch sein Verhalten den Zessionar in die Lage versetzt hat, über die Hypothek zu verfügen; er muß für die Folgen seines eigenen Handelns einstehen, das dem gutgläubigen Dritten keinen Schaden bringen darf. Diese Auffassung findet ihre rechtliche Grundlage in dem Rechtsgedanken, welcher sich aus den §§ 172, 405, 409 ergibt (vgl. **RG.** 81, 260; 71, 222). — Zustimmend: Fuchs, JW. 17, 900.

§ 406.

RG. 20. 2. 17, R. 17 Nr. 798. Die Gleichartigkeit der Forderungen braucht erst zur Zeit der Aufrechnung vorhanden zu sein (**RG.** 73, 138, JW. 11, 711, SeuffA. 69, 439).

§ 407.

1. **RG.** 14. 12. 16, PosMSchr. 16, 116, R. 17 Nr. 1019. Die Kenntnis von der Abtretung nach § 407 erfordert nicht eine alle möglichen Zweifel beseitigende Gewißheit; nur der vernünftige Zweifel schließt eine sichere Kenntnis aus (**RG.** 74, 120). Die Vorlegung der mit den Unterschriften der Beteiligten versehenen Urschrift der Urkunde ist bei

Privaturkunden die zuverlässigste und unter regelmäßigen Umständen jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Kundmachung einer Abtretung. Eine Urkundenfälschung ist ohne sehr triftige Gründe nicht von vornherein vorauszusetzen.

2. KG. 9. 7. 14, OLG. 34, 99. Hat der Eigentümer eines zur Zwangsversteigerung gelangten Hauses die Mieten für die nach den Zuschlag fallende Zeit abgetreten, dann hat sein Zessionar die Stellung des neuen, der Ersteher des Hauses die des bisherigen Gläubigers im Sinne des § 407.

3. Augsburg 19. 4. 16, OLG. 33, 247. Ist nach Abtretung der Kaufgeldforderung in einem von dem Käufer gegen den Zedenten anhängig gemachten Rechtsstreit die Wandlung des Kaufs ausgesprochen worden, dann ist dies Urteil über die abgetretene Forderung ergangen. Denn jede Entscheidung, durch die dem abgetretenen Anspruch die Grundlage seines Bestehens durch Feststellung der Wandlungsreife, des Nichtbestehens oder der Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses entzogen wird, entscheidet über den abgetretenen Anspruch selbst.

§ 413.

RG. 16. 11. 16, LeipzZ. 17, 320. Das Recht aus der Bürgschaft ist nicht selbständig, nicht ohne die Hauptforderung, deren Sicherung sie dient, übertragbar (JW. 09, 685; vgl. **RG**, 15, 278; 33, 270).

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Schrifttum: Reichel, Bürgschaft oder Schuldmitübernahme? GruchotsBeitr. 61, 548.

§ 414.

1. KG. 23. 6. 16, OLG. 34, 28. In der Vereinbarung, daß der Käufer eines Grundstücks eine auf diesem haftende Hypothek auf das Kaufgeld übernehme, liegt eine vertragliche Schuldübernahme nach § 414. Diese ist nicht etwa deshalb unwirksam, weil die Hypothek einem Dritten verpfändet ist; dem Pfandgläubiger gegenüber hat sie freilich keine rechtliche Wirkung, unter den Vertragschließenden selbst ist sie aber rechtsgültig.

2. Hamburg 27. 5. 15, OLG. 33, 248. Die Erklärung des Dritten, er habe die Schuld des Schuldners übernommen, und wenn dieser morgen nicht bezahle, bezahle er, und der Gläubiger habe es nur mit ihm zu tun, kann sowohl als rechtsgültige bedingte Schuldübernahme nach § 414, wie als kumulative Schuldübernahme ausgelegt werden. Ist sie als kumulative Schuldübernahme rechtsunwirksam, dann ist sie nicht geeignet, die Klage des Gläubigers gegen den Dritten zu stützen.

3. KG. 12. 2. 17, KGBl. 17, 76. Eine Entlassung des früheren Eigentümers eines Grundstücks aus der persönlichen Schuld für eine Hypothekenforderung oder eine Genehmigung der zwischen dem früheren Eigentümer und dem Erwerber des Grundstücks, der die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, vereinbarten Schuldübernahme durch den Hypothekengläubiger liegt weder darin, daß dieser dem Erwerber die Hypothekenforderung nicht sofort an dem ersten Kündigungstermin kündigt, der nach dem Inhalte der Schuldurkunde zulässig ist, noch darin, daß er mit dem Erwerber eine höhere Verzinsung der Hypothek vereinbart.

4. a) München 29. 12. 16, SeuffA. 72, 183. Ein eigenes unmittelbares, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Übernehmers an der Schuldübernahme ist für die Annahme einer kumulativen Schuldübernahme nicht unter allen Umständen erforderlich. Auch ohne daß der Übernehmer ein eigenes Interesse am Schuldbeitritt haben muß, kann sein Wille auf die Begründung eines solchen Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Dies ist z. B. anzunehmen, wenn der ursprüngliche Schuldner seine längst fällige Schuld nicht erfüllt hatte und nicht erfüllen konnte und der Übernehmer auf die Bitte des Gläubigers Tilgung der Schuld für einen bestimmten Zeitpunkt zusagt.

b) Hamburg 20. 10. 16, BauersZ. 24, 101, OLG. 34, 75. Wenn einer von zwei Gesellschaftern einer in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen GmbH. sich verpflichtet, einen

auf Zahlung drängenden Gläubiger der GmbH. ratenweise zu befriedigen, dann liegt nicht Bürgschaft, sondern kumulative Schuldübernahme vor, da hier das Versprechen nicht im Interesse der GmbH., sondern im eigenen Interesse des Gesellschafters abgegeben wird, für den es von Bedeutung ist, daß die GmbH. nicht in Bedrängnis kommt.

c) KG. 26. 5. 16, OLG. 34, 75. Für die Auslegung, ob kumulative Schuldübernahme oder Bürgschaft vorliegt, ist nicht unerheblich, ob der Dritte ein eigenes Interesse an der Übernahme der Schuld hat; denn dieser Umstand läßt, wenn nicht andere Gründe dagegen sprechen, auf den Willen des Übernehmenden schließen, ganz selbständig zu haften (**RG.** 64, 318). Es ist aber immer nur ein Anzeichen für das Vorhandensein dieses Willens.

d) Reichel, Bürgschaft oder Schuldmitübernahme? Zu vgl. 4c zu § 765.

5. a) *Reichel, Mitabschluß des Mietvertrags durch die Ehefrau des Mieters, Schweizerische JuristenZ. 1916/17 S. 241, verteidigt seine in Schuldmitübernahme 285 aufgestellte Ansicht, Mitunterschrift der Frau bedeute im Zweifel Schuldmitübernahme, d. h. gesamtschuldnerische Mitübernahme der Mieterpflichten, gegen andere Einwendungen (vgl. IDR. 15, 7).

b) Siehe auch § 535 I 3.

§ 415.

1. a) Kiel 31. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 230. Die Vertragsbestimmung, daß der Käufer des Grundstücks die auf diesem haftenden Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld übernehme, hat im Zweifel die Bedeutung, daß der Käufer an Stelle des Verkäufers auch die der Hypothek zugrunde liegende persönliche Schuld übernehmen, daß der Verkäufer frei werden soll (**RG.** 56, 202; 75, 340, WarnE. 15, 311).

b) Kriener, Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis, Bay.-NotZ. 54, 1. Bei der Vereinbarung, daß der Käufer eine Schuld des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, ist Schuldübernahme nach § 415, nicht bloß Erfüllungsübernahme nach § 329 gemeint. Mit dem Übernahmevertrag soll die Kaufgeldschuld erloschen sein; die Übernahme wirkt in der Richtung auf die Kaufgeldschuld nicht nur erfüllungshalber, sondern an Erfüllungsstatt.

2. Breslau 27. 9. 16, BreslauAK. 17, 5. Der Käufer eines Trennstücks, der eine auf dem ganzen Grundstücke haftende Hypothek als Alleinschuldner übernommen hat, ist der Regel nach seinem Verkäufer gegenüber verpflichtet, die Hypothek auf dem diesem verbleibenden Grundstück alsbald zur Löschung zu bringen.

3. Kiel 31. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 230. Hat der Gläubiger genehmigt, dann bedarf es nicht noch der besonderen Feststellung, daß er den Schuldner aus der Haft entlassen oder auf seine Ansprüche gegen ihn verzichtet hat (WarnE. 16, 364).

§ 416.

1. **RG.** 12. 5. 17, WarnE. 17, 271. Ist vereinbart, daß der Erwerber in Anrechnung auf das Kaufgeld „die eingetragene Hypothek von . . . M." übernehme, dann kann unbedenklich davon ausgegangen werden, daß er diese Hypothek so übernehmen soll und will, wie sie eingetragen ist, entsprechend also dem gesamten Inhalt der gegebenen Eintragungen, und deshalb auch mit der Verpflichtung zur Abtragung eines bei Gewährung des Pfandbriefdarlehns gegen die Hypothek zur Ausgleichung der Kursdifferenz bewilligten Zuschußdarlehns, wenn auch diese Verpflichtung mit im Grundbuche eingetragen ist.

2. Kriener, Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis, BayNotZ. 54, 1. Ist vereinbart, daß der Käufer eine Grundschuld in dinglicher Haftung in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, so bedeutet dies, daß der Käufer auf die Verpflichtung des Verkäufers, die Grundschuld wegzufertigen, verzichtet und damit einverstanden ist, daß ihn als nunmehrigen Grundstückseigentümer die aus der Grundschuld sich ergebenden Verbindlichkeiten treffen. Hierin liegt die Übernahme einer Verbindlichkeit im Sinne des § 364 Abs. 2, aber nicht erfüllungshalber, sondern an Erfüllungsstatt. Die Kaufpreisschuld erlischt daher bis zum Betrage der Grundschuld. Bei der Vereinbarung

der Übernahme einer Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld gilt bezüglich des dinglichen Rechts dasselbe. Regelmäßig beabsichtigen die Parteien aber auch, daß der Käufer auch die persönliche Schuld als Leistung an Erfüllungsstatt übernehmen und an Stelle des Verkäufers als persönlicher Schuldner treten, während der Verkäufer als solcher ausscheiden soll. Ob dieser Zweck erreicht wird, hängt davon ab, ob der Verkäufer wirklich persönlicher Schuldner oder nur Erfüllungsübernehmer oder keins von beiden war.

3. Werneburg, Zur Übernahme der persönlichen Hypothekenschuld durch den Erwerber eines Grundstücks gemäß § 416 BGB., HessRspr. 18, 132. Die Vereinbarung der Übernahme der persönlichen Hypothekenschuld unter Anrechnung auf den Kaufpreis wird von den Vertragschließenden regelmäßig nicht als eine Nebenbestimmung, sondern als eine Hauptbedingung des ganzen Vertrags angesehen. Geht der Wille der Vertragschließenden dahin, und wäre ohne diese Hauptbedingung der ganze Vertrag entweder nicht oder doch unter ganz anderen Bedingungen geschlossen worden, so soll nach ihrem Willen der ganze vorliegende Vertrag mit diesem Inhalte unwirksam werden, wenn der Hypothekar seine Genehmigung verweigert.

4. Kiel 31. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 230. Ist die Genehmigung nach § 415 ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung erteilt, dann kommt es nicht darauf an, ob die besonderen Voraussetzungen des § 416 gegeben sind; denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, daß es an jedem tatsächlichen Genehmigungsakte des Gläubigers fehlt (**RG.** 63, 62, WarnE. 12, 286, 15, 352).

5. BayObLG. 5. 7. 17; 18 B 82, LeipzZ. 17, 1271. Die Mitteilung nach § 416 fordert zugleich durch den Hinweis auf die Folgen des Schweigens den Gläubiger dazu auf, sich über seine Stellung zu der Schuldübernahme zu äußern, und enthält insofern das Angebot zu einem Schuldentlassungsvertrage. Sie ist daher unter den Begriff der in §§ 116ff. behandelten Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte einzureihen.

6. KG. 23. 6. 16, OLG. 34, 28. Ist der Veräußerer und der Hypothekengläubiger dieselbe Person, dann erübrigt sich die im § 416 vorgeschriebene besondere Mitteilung von der Schuldübernahme.

7. Meyer, Schwere wirtschaftliche und gesetzliche Mißstände beim Besitzwechsel städtischer Hausgrundstücke und Mittel zu deren Beseitigung. DNotV. 17, 130, 137. Die Mißstände, die sich daraus ergeben, daß der Veräußerer des Grundstücks in Unkenntnis von der Vorschrift des § 416 es unterläßt, dem Hypothekengläubiger Mitteilung gemäß dieser Bestimmung zu machen, werden erörtert, und es wird zweckmäßige Neugestaltung des § 416 gefordert. Im Anschlusse daran werden die bereits gemachten wichtigsten Vorschläge zur Abänderung dieser Vorschrift besprochen.

§ 418.

RG. 7. 6. 16, BayRpflZ. 17, 18. § 418 Abs. 1 Satz 3 ist auch dann anzuwenden, wenn der Eigentümer des verhafteten Grundstücks und der Schuldner dieselbe Person sind. Seine Einwilligung als Eigentümer, die keiner besonderen Form bedarf und auch stillschweigend erklärt werden kann, kommt schon in der Vereinbarung zum Ausdruck, die er als Schuldner mit dem Schuldübernehmer gemäß § 415 trifft.

§ 419.

1. a) München 8. 6. 14, OLG. 33, 251. Die Haftung aus § 419 tritt auch dann ein, wenn die Vermögensübernahme nicht ausdrücklich in der Vertragsurkunde ausgesprochen ist, und wenn der Erwerb sich sogar auf mehrere Vertragsabschlüsse verteilt. Ausschlaggebend ist aber dabei immer das Wissen und damit der Wille, das gesamte Vermögen des Vertragsgegners mittels Vertrags zu übernehmen, sei er auch in die Form eines Einzelkaufs gefaßt. Immer muß eine wirkliche Vermögensübernahme, wenn auch nur mit bedingtem Willen, sich daran erkennen lassen, daß der bewußte und willenseinige Übernehmer des gesamten Vermögens sich tatsächlich auch nichts Erhebliches von diesem Vermögen, was für ihn einigermaßen von Wert ist, entgehen läßt. Gerade daraus, daß der

Übernehmer sich nicht darum kümmert, ob sonst noch erhebliche Vermögensstücke vorhanden sind, wird die Überzeugung zu schöpfen sein, daß eine Vermögensübernahme nicht gewollt war. Eine Haftung aus § 419 wegen Fahrlässigkeit bei Abschluß des Kaufs ist gesetzlich nicht zu begründen.

b) Karlsruhe 22. 3. 16, BadRpr. 17, 17. Vermögensübernahme liegt vor, wenn die durch den Vertrag übereigneten Gegenstände einen Wert von nahezu 400000 M., die von dem Übergeber zurückbehaltenen Gegenstände aber nur einen Wert von 11000 M. haben, da alsdann die zurückbehaltenen im Verhältnis zu den übereigneten so geringwertig sind, daß sie diesen gegenüber nicht in Betracht kommen können.

2. a) Hamm 24. 9. 15, OLG. 33, 251. Werden von der Übernahme die Liegenschaften ausgeschlossen, deren Wert dem des Übernommenen nahezu gleichkommt, dann liegt keine Vermögensübernahme vor, auch wenn das Grundvermögen zur Zeit des Vertragsschlusses zum vollen Werte belastet oder auch überlastet war. (**RG.** 80, 261; 82, 277).

b) KG. 15. 12. 14, OLG. 33, 250. Werden die Grundstücke nebst allem Zubehör erworben, und bilden sie das gesamte Vermögen des Veräußerers, abgesehen von dem zu dessen persönlichen Gebrauche gehörigen geringwertigen Hausgerät, das nicht mit verkauft worden ist, dann liegt Vermögensübernahme vor. Daß dem Veräußerer im Vertrage ein Altenteil ausgesetzt worden ist, ändert daran nichts.

c) KG. 3. 12. 15, OLG. 33, 250. Wird nur das Gemüsegeschäft des Schuldners übernommen, nicht aber Haus- und Küchengerät, die Möbel, Schmucksachen usw., und liegt kein Anhalt dafür vor, daß diese, wenn auch zum großen Teile nicht pfändbaren Vermögensstücke im Verhältnisse zum Gemüsegeschäft einen unbedeutenden Wert darstellen, dann ist nicht das Vermögen als Ganzes übernommen.

3. München 2. 11. 15, OLG. 33, 252. Eine Vermögensübernahme liegt nicht vor, wenn das Kaufstück gegen eine gleichwertige oder doch für gleichwertig erachtete Gegenleistung hingegeben wird, insofern also dem Verkäufer an Vermögen der freie Wert des Kaufstücks geblieben ist, und hiermit nur die Werte umgesetzt sind. Zwar ist es für die Anwendung des § 419 gleichgültig, ob das Vermögen entgeltlich oder unentgeltlich übernommen wird. Allein wenn das Veräußerungsgeschäft nur eine reine Umsetzung der Werte bedeutet, scheidet eine Vermögensübernahme ihrem Begriffe nach aus. Auch in **RG.** 69, 416 ist als Voraussetzung für den § 419 außer der Übergabe des Vermögens auch das Nichtvorliegen einer Gleichwertigkeit der Gegenleistung angesehen worden.

4. **RG.** 6. 7. 17, BayRpflZ. 17, 355, GruchotsBeitr. 61, 926, LeipzZ. 17, 1241, R. 17 Nr. 1601, WarnE. 17, 429. § 419 ist bei Übernahme des Geschäfts einer o. HGes. mit allen Rechten und Verbindlichkeiten nicht anwendbar, schon deshalb nicht, weil die o. HGes. nicht die Eigenschaft einer juristischen Person hat (**RG.** 65, 23, 227; 84, 111), aber auch der wirtschaftliche Grund, der zur Aufstellung des § 419 geführt hat (**RG.** 69, 288; 85, 169) trifft hier nicht zu, da die Kreditunterlage für den Gläubiger nicht nur das Gesellschaftsvermögen, sondern außerdem auch das gemäß § 128 HGB. neben diesem haftende Vermögen der Gesellschafter bildet.

5. **RG.** 9. 11. 16, BayNotZ. 54, 324, JW. 17, 102. Der Übernehmer eines Vermögens haftet dem Gläubiger des Übertragenden nur dann, wenn der Anspruch des Gläubigers gegen den Übertragenden bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden hat. Er haftet also nicht für Verbindlichkeiten, für die eine persönliche Haftung des Übertragenden erst durch eine nach der Vermögensübernahme erfolgende Teilung des Gesamtguts eintritt.

6. KG. 30. 10. 16, DJZ. 17, 833. Da die Haftung des Übernehmers sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche unter Anwendung der §§ 1990, 1991 beschränkt, gelten die infolge der Übernahme durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse im Verhältnis zwischen den Beteiligten als nicht erloschen. Der Übernehmer behält demnach seine Forderungen gegen den Übertragenden und ist nicht gehindert, sie trotz

der Übernahme des gesamten Vermögens aus diesem zu berichtigen. Zu einer konkursartig gleichmäßigen Befriedigung der Verbindlichkeiten des Übertragenden ist er lediglich in bezug auf die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen verpflichtet.

7. Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32. § 419 ist auf Sicherungsübereignungen anwendbar. Der Übernehmer, der zum Konkursantrage weder berechtigt noch verpflichtet ist, hat nicht die Verpflichtung, von sich aus die Gläubiger konkursmäßig d. h. nach gleichen Anteilen zu befriedigen; er kann ihnen in der Reihenfolge Erfüllung leisten, in der sie sich melden. Bezüglich seiner eigenen Forderung ist er so anzusehen, als sei er im Besitze eines rechtskräftigen Titels; er kann daher die Befriedigung der anderen Gläubiger insoweit verweigern, als das ihm zur Sicherheit übereignete Vermögen zu seiner eigenen Befriedigung nötig ist; **RG.** JW. 12, 347 steht nicht entgegen (104—109).

8. Behrendt, Die Bekämpfung unlauterer Interventionsprozesse durch § 419 BGB., R. 17, 330, erörtert die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 419 unter Anführung der Rechtspr. und des Schrifttums zu den betreffenden Fragen.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Schrifttum: Ihrig, Rechtsfragen beim Gruppenakkordvertrage, München u. Leipzig, 1916.

§ 420.

1. **RG.** 1. 11. 16; 89, 176, LeipzZ. 17, 259. Der einzelne Miteigentümer eines vermieteten städtischen Hauses kann nicht den seinem Miteigentumsrecht entsprechenden Teil der Mietzinsen ohne Rücksicht auf die übrigen Miteigentümer, die Teilhaber einer Gemeinschaft, für sich in Anspruch nehmen und die Bezahlung der Lasten und Abgaben und sonstigen Unkosten den anderen überlassen. Deshalb kann auch ein Gläubiger eines Miteigentümers nicht schlechthin den dem Anteil seines Miteigentümers entsprechenden Teil der Mietzinsen pfänden lassen. Die Frage, ob die Beschränkungen, denen der einzelne Miteigentümer hinsichtlich der Mietzinsen unterliegt, nur in dem inneren Verhältnis der Miteigentümer zueinander Geltung haben, oder ob sie auch den Mietern gegenüber zur Geltung zu bringen sind, wird nicht beantwortet.

2. Ihrig. Bei dem Gruppenakkord besteht bezüglich des Arbeitslohnes keine Berechtigung der Arbeitnehmer zu gleichen Teilen. Die Arbeitnehmer sind auch nicht Gesamtgläubiger, sondern Gesamthandgläubiger; der einzelne Arbeitnehmer ist zur Geltendmachung einer Teilforderung nicht berechtigt; er kann nur Leistung an alle verlangen. Vor der Ausscheidung d. h. der Feststellung des dem einzelnen Arbeitnehmer zukommenden Lohnteils ist der Arbeitgeber weder verpflichtet noch berechtigt, an den einzelnen Arbeitnehmer Teilleistungen zu machen. Nach der Ausscheidung hat der einzelne Arbeitnehmer — falls sich aus Arbeitsordnung, Tarifvertrag, Usancen oder besonderer Parteiabrede nichts anderes ergibt — ein Recht auf seinen Anteil nur, wenn er sich von seinen Arbeitsgenossen ermächtigt nachweist, seinen Anteil zu fordern (48—52). Bezüglich der Abschlagszahlungen hat jeder Arbeitnehmer ein besonderes klagbares Recht auf seinen Anteil (54, 55). Auch bei der Pflicht der Arbeitnehmer zur Erbringung des Arbeitsergebnisses sind Teilleistungen im Sinne des § 420 nicht möglich; die Leistung des einzelnen Arbeitnehmers ist nicht unabhängig, sondern durchaus abhängig von der der ganzen Gruppe obliegenden gemeinschaftlichen Leistung. Ein Gesamtschuldverhältnis liegt nicht vor, sondern Gesamthandschuldnerschaft; jeder hat zwar einen Arbeitsteil zu leisten, aber dieser Teil ist unselbständig (Mitarbeit) und nur im Hinblick auf die gemeinsame Leistung wertvoll und der Entlohnung teilhaftig. Der Arbeitgeber ist befugt, nur einmal die Erbringung der Leistung (des Arbeitergebnisses) zu verlangen; er kann sein Recht auf die Arbeitsleistung nur allen Arbeitnehmern gegenüber geltend machen; diesem Rechte entspricht die Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Mitarbeit (56—62).

§ 421.

1. **RG.** 6. 10. 17, R. 17 Nr. 1973. Zu einer wechselrechtlichen Verpflichtung können bürgerl.-rechtl. Verpflichtungen hinzutreten (ROHG. 19, 205, GruchotsBeitr. 28, 1013), insbesondere Darlehnsverpflichtungen (GruchotsBeitr. 51, 378, JW. 06, 550), die nicht der Wechselform bedürfen.

2. Siehe § 420, 2.

§ 422.

Stuttgart 3. 4. 17, R. 17 Nr. 1020. Erklärt von mehreren beklagten Gesamtschuldnern einer, daß er die ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung zur Aufrechnung bringt, dann wirkt dies nach § 422 Abs. 1 Satz 2 auch zugunsten des Mitbeklagten.

§ 424.

Ihrig, Bei dem Gruppenakkordvertrage greift § 424 bei dem Verzuge des Arbeitgebers Platz (64, 65).

§ 425.

1. Haftung mehrerer zur gemeinschaftlichen Ausübung des Anwaltsberufs verbundener Rechtsanwälte (JDR. 15 bei § 425).

a) Dresden 6. 12. 16, JW. 17, 304. Mehrere Rechtsanwälte, die die Anwaltschaft gemeinsam ausüben und beide Prozeßvollmacht erteilt erhalten haben, haften als Gesamtschuldner für die Schädigung des Auftraggebers, die diesem infolge einer unzulänglichen Pfändung erwächst, gleichviel wer von ihnen hieran die Schuld trägt.

b) Colmar 23. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 46. Aus dem Zwecke, dem die Vereinigung der mehreren zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Rechtsanwälte dient, muß gefolgert werden, daß in allen Fällen der Gesamtbevollmächtigung die Beteiligung der sämtlichen RA. auch an dem der Prozeßvollmacht zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte, dem Prozeßführungsvertrage, die Regel bildet, und daß das Gegenteil nur angenommen werden kann, wenn besondere Umstände diesen Vertragswillen ausschließen. Eine solche Ausnahme ist aber nicht schon dann gegeben, wenn einer der verbundenen RA. der Partei als Armenanwalt zugeteilt ist. Stehen aber die mehreren RA. zu der Partei in einem Vertragsverhältnis, dann haften sie nach § 427 als Gesamtschuldner für die hiermit entspringenden Pflichten, auch für den Schaden, den einer von ihnen, der als Armenanwalt bestellte, der Partei schuldhaft zugefügt hat, und sie können sich nicht auf § 425 Abs. 2 berufen (**RG.** 85, 306). Die von Oertmann, LeipzZ. 16, 199, — JDR. 15, § 425, 2a — gegen diese Ansicht vorgebrachten Gründe sind nicht überzeugend.

2. Ihrig, Der Verzug eines Arbeitnehmers und die anderen in § 425 Abs. 2 aufgeführten Tatsachen sind bei dem Gruppenakkordvertrage nur gegenüber dem einen erkennbar Schuldigen von Wirksamkeit (62—64).

§ 426.

1. KG. 16. 4. 14, OLG. 33, 254. Soweit der Gesamtschuldner innerhalb des ihm im Innenverhältnisse obliegenden Anteils den Gläubiger befriedigt, erfüllt er nicht nur dem Gläubiger, sondern auch seinem Mitschuldner gegenüber lediglich seine Pflicht; insoweit ist daher kein Raum für einen Erstattungsanspruch. Dem Gesamtschuldner steht erst dann gegen seinen Mitschuldner ein Rückgriffsrecht zu, wenn er mehr als den auf ihn entfallenden Anteil geleistet hat, sei es, daß das Geleistete seinen Anteil an der ganzen Leistung oder seinen Anteil an der einzelnen Teilleistung übersteigt. Dem Ausgleichungsanspruche des § 426 Abs. 1 entsprechend richtet sich der gesetzliche Übergang der Gläubigerforderung nach § 426 Abs. 2.

2. Breslau 25. 12. 16, BreslauAK. 17, 23. Der Anspruch eines Gesamtschuldners auf anteilige Erstattung der von ihm zur Befriedigung des Gläubigers gezahlten Beträge entsteht erst mit der Bezahlung.

3. Stuttgart 30. 11. 16, R. 17 Nr. 353. In den Fällen, in denen auf der einen Seite

Gefährdungshaftung, auf der anderen Seite Haftung und Verschulden vorliegt, hat der Urheber der schuldhaften Handlung den Schaden allein zu tragen (§ 840 Abs. 3).

4. Englisch, Ausgleichungsanspruch bei Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen auf Grund Vertrags und unlaubter Handlung, WürttRpflZ. 17, 6. Bei dem Zusammentreffen einer Haftung auf Grund einer unerlaubten Handlung (z. B. auf Grund des HaftpflG.) mit Vertragshaftung (z. B. auf Grund eines Beförderungsvertrags) entsteht ein Gesamtschuldverhältnis. Mithin kommt für die Haftung die Ausgleichung der Ersatzpflichtigen nach § 426 in Betracht. Die entspr. Anwendung des § 254 kann dahin führen, daß dem einen oder anderen gesamtschuldnerisch Verpflichteten im Verhältnis zu den übrigen der gesamte Schaden auferlegt werden kann. Die Heranziehung des § 254 setzt auch die Anwendbarkeit des § 278 voraus. Wirkt bei dem Schaden auch ein Tier mit, ohne daß ein Verschulden des Tierhalters vorliegt, dann greift für die Ausgleichung wegen § 840 Abs. 3 die Regel des § 426 nicht Platz.

5. *Reichel, Regreß unter Solidarschuldnern, ZſſchweizR. 1917, 201ff. a) Läßt sich ein Gläubiger von einem Gesamtschuldner A mit einem Teilbetrage abfinden, so ist es Auslegungsfrage, ob damit nur A oder auch dessen Mitschuldner B, C befreit sein sollen. Ersterenfalls kann der Gläubiger dem A den Restanspruch abtreten; A kann aber diesen gegen B, C nur nach Maßgabe des internen Regreßverhältnisses (i. Zw. kopfteilig) geltend machen.

b) Hat ein Gesamtschuldner A den Gläubiger mit einem Teilbetrage abgefunden, so bemißt sich sein Regreß gegen die Mitschuldner nicht nach dem Werte der ursprünglichen Schuld, sondern nach dem Werte der Abfindungssumme, 210ff.

c) Solange ein Gesamtschuldner A dem Gläubiger nicht mehr als seinen Innenanteil (§ 426) bezahlt hat, kann er gegen seine Mitschuldner B, C keinen Regreß nehmen, 210.

d) Der Rückgriff des zahlenden Gesamtschuldners A gegen seine Mitschuldner B, C ist kein solidarischer, sondern ein geteilter. Hieran kann auch eine rechtsgeschäftliche Zession seitens des Gläubigers nichts ändern, 212ff., 217.

e) Steht von vornherein fest, daß der Regreßbetrag eines Mitschuldners nicht erlangbar sein wird, so kann der Rückgreifende die übrigen Mitschuldner sofort auf den Ausfall belangen; arg. § 773 Ziff. 4 BGB. in analoger Anwendung, 219.

§ 432.

RG. 8. 6. 17, R. 17 Nr. 1602. Bei der o. HGes. kann ein Gesellschafter, dem die Geschäftsführung nicht zusteht, nicht gegen einen Gesellschaftsschuldner auf Leistung an die Ges. klagen (**RG.** 86, 66). Dagegen ist bei Forderungen, die im Verhältnis der Gesellschafter zueinander wurzeln, das Klagerecht des einzelnen Gesellschafters nicht ausgeschlossen (ROHG. 5, 387; 25, 161).

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Schrifttum: Crome, Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege, AZivPr. 115, 1. — Starke, Lieferungsverträge unter Einwirkung des Krieges (2. völlig veränderte Auflage), Berlin 1917.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433.

I. Allgemeines.

1. a) **RG.** 27. 11. 16, LeipzZ. 17, 740, R. 17 Nr. 1778. Ein Vertrag, durch den sich der Verkäufer verpflichtet, von seinem Grundeigentum dem Käufer für einen bestimmten Preis diejenigen Flächen zu überlassen, die der Käufer für das von ihm beabsichtigte Unternehmen nötig haben sollte, ist bindend. Der Umstand, daß es der freien Entschließung des Käufers vorbehalten ist, darüber zu befinden, ob und wann der endgültige Kaufvertrag

abgeschlossen und der konkrete Kaufgegenstand im einzelnen bestimmt werden soll, steht der Rechtsgültigkeit nicht entgegen. Es ist nur ein Streit um Worte, ob man einen solchen Vertrag als einen Vorvertrag über ein Kaufgeschäft ansehen will oder als einen aufschiebend bedingten Kauf, bei dem der Eintritt der Bedingung von dem freien Willen des Käufers abhängt.

b) **RG.** 11. 10. 16, R. 17 Nr. 800. Ein als Parzellierungsauftrag bezeichneter Vertrag kann als Kaufvertrag aufgefaßt werden, wenn der „Auftraggeber" das Grundstück dem „Beauftragten" zu übergeben und aufzulassen hat, dieser dafür einen bestimmten „Kaufpreis" bezahlen muß, und ihm das gebührt, was er bei einem Weiterverkauf über den bestimmten Kaufpreis erlöst.

c) Darmstadt 15. 12. 16, HessRspr. 18, 7. Der Bierabnahmevertrag zwischen Brauerei und Wirt, auf Grund dessen die Brauerei dem Wirte gewisse Vorteile und wirtschaftliche Unterstützungen zusagt, wogegen der Wirt sich zu einer dauernden Bierabnahme verpflichtet, ist ein zweiseitiger Vertrag, der die Elemente eines Kaufvertrags enthält, und zwar eines Sukzessivlieferungsvertrags bezüglich der jeweils von dem Wirte benötigten Biermenge. Er hat aber noch eine weitergehende wirtschaftliche Bedeutung: er soll der der Brauerei ein dauerndes Bierlieferungsrecht mit Ausschluß anderer Konkurrenten verschaffen, die Stetigkeit des Brauereibetriebs sichern und hat diesen zur Voraussetzung. Ein ähnliches Interesse hat der Wirt an dem Vertrag vom Standpunkt seines Gewerbebetriebs aus. Auf beiden Seiten ist daher die Fortdauer des Gewerbebetriebs ganz selbstverständliche und stillschweigende Bedingung der Vertragsgeltung und seiner fortdauernden Wirksamkeit. Deshalb muß auf der einen Seite der Wirt im Falle der notwendigen Einstellung des Betriebs von seiner Bierbezugspflicht frei werden, auf der anderen Seite ist aber auch die Brauerei infolge der Einstellung ihres Betriebs berechtigt, von dem Vertrage abzugehen, wenn diese nicht eine unveranlaßte, willkürliche und somit gegenüber dem Wirte schuldhafte Handlung ist (vgl. wegen des Weinlieferungsvertrags: JW. 13, 194). — Siehe auch § 581, 6. —

d) Giese, Verantwortlichkeit von Verleger und Redakteur für falsche Nachrichten, JW. 17, 630. Das Abonnement auf Zeitungen oder Zeitschriften, sowie die Bestellung einer Nummer oder einzelner Nummern ist als Kauf anzusehen. Gegenstand des Kaufs sind die vom Verleger dem Bezieher zu übergebenden Nummern der Zeitung oder Zeitschrift, die während eines bestimmten Zeitraums planmäßig erscheinen, oder die der Bezieher besonders bestellt hat. Eine Pflicht, die Verbreitung unrichtiger Nachrichten unter Anwendung aller erdenklichen Sorgfalt und Aufmerksamkeit zu verhindern, ist ebensowenig Inhalt des von dem Verleger eingegangenen Vertrags, wie eine Garantie d. h. die schlechthin übernommene Haftung für die Richtigkeit der Nachrichten. Deshalb läßt sich die Haftung des Verlegers für etwaige falsche Nachrichten unter dem Gesichtspunkt der Haftung für positive Vertragsverletzungen nicht begründen (vgl. auch § 463).

e) **RG.** 28. 11. 16, R. 17 Nr. 30. Die Enteignung ist kein Kauf, insbesondere auch nicht ein sog. Zwangskauf.

2. Inhalt des Vertrags. Vertragsklauseln.

a) **RG.** 26. 4. 17, LeipzZ. 17, 960. Ist Gegenstand des Kaufvertrags eine nur der Gattung nach bestimmte Ware, dann ist der Verkäufer noch berechtigt, dem Käufer Ware von vertragsmäßiger Beschaffenheit anzudienen, auch wenn er die zur Zeit des Vertragsschlusses hergestellte Ware bereits anderweit verkauft hat.

b) **RG.** 2. 5. 16, WarnE. 17, 8. Unter „vorschriftsmäßigen" Tornistern i. S. eines während des Kriegs geschlossenen Vertrags können auch solche verstanden werden, die von den Bekleidungsämtern im Kriege allgemein zugelassen werden, obgleich sie der einen oder anderen der in Friedenszeiten ergangenen Vorschriften nicht entsprechen, wenn eine solche Handhabung der Vorschriften zweifelsfrei feststeht und angenommen werden darf,

daß die Beteiligten bei Abschluß des Vertrags diese Handhabung gekannt und mit ihr gerechnet haben.

c) **RG.** 14. 11. 16, R. 17, 74. Wenn „ausländische" Schwellen verkauft sind, so bedeutet das bei dem Fehlen besonderer dahingehender Vereinbarung nicht, daß die Ware unmittelbar aus dem Ursprunglande angefahren werden soll, selbst dann nicht, wenn eine ausdrückliche Abrede über die Verlegung des Zolls getroffen ist. Es kann vielmehr auch aus einem im Inlande lagernden Vorrate geliefert werden.

d) *α*. **RG.** 30. 1. 17, WarnE. 17, 99. Nach der Natur der Dinge wird bei Übernahme der Verpflichtung eines Fabrikanten zur Lieferung von Waren, die in seinen Fabrikbetrieb einschlagen, regelmäßig an die Lieferung seiner eigenen Erzeugnisse gedacht, sofern nicht besondere Umstände eine abweichende Willensmeinung der Vertragschließenden erkennen lassen.

β. Hamburg 9. 1. 17, LeipzZ. 17, 1279. Wer bei einer Fabrik Waren bestellt, erwartet im Zweifel, daß die Ware von ihr angefertigt und nicht auf offenem Markte oder sonst aus dritter Hand beschafft werde. Ebenso: Hamburg 9. 6. 17, R. 17, 516.

e) KG. 7. 7. 14, OLG. 33, 258. Wird eine Pferdedroschke mit Nummer und Anrecht mit der Maßgabe verkauft, daß der Wagen als solcher nach Entstempelung der Nummer dem Verkäufer zurückgegeben werden soll, dann sind Gegenstand des Vertrags das Recht, unter der angegebenen Nummer eine Droschke in den Betrieb zu stellen, und alle weiteren mit dem Besitz der Nummer verbundenen wirtschaftlichen und rechtlichen Verwertungsmöglichkeiten. Außer dem Wagen als solchem soll der Verkäufer nichts behalten.

f) Hamburg 1. 11. 16, OLG. 34, 31. Wird ein Kauf mit der Klausel „wie gehabt" abgeschlossen, so bezieht sich dies normalerweise nur auf die Beschaffenheit der Kaufsache, die so sein soll, wie die früher unter denselben Parteien gehandelte Ware, regelmäßig aber nicht auf den ganzen Inhalt der früher geschlossenen Kaufverträge, insbesondere nicht auf die früher vereinbarte Cif-Klausel.

g) Die Zirkaklausel, zu vgl. V C. 27 zu § 346 HGB.

h) Hamburg 12. 1. 17, R. 17, 225. Bei einem Kauf ausländischer Waren ist die Abmachung, daß der Käufer mittels Rembourses in London zu leisten habe, nicht eine bloße Modalität für die Zahlung derart, daß der Käufer auch berechtigt ist, in anderer Weise, z. B. durch Barzahlung, zu erfüllen, sondern sie stellt die dem Käufer obliegende Leistung dar. Ist daher dem Käufer der Rembours in London unmöglich gemacht, so wird auch der Verkäufer von der Gegenleistung frei.

i) Dresden 12. 10. 15, SeuffA. 72, 81. Mineralwasserflaschen und Tragkasten, bezüglich deren auf der Rechnung ein Preis ausgeworfen und der Vermerk zugefügt ist „Tragkasten und Flaschen bleiben mein Eigentum und werden bei frachtfreier Rücksendung zum berechneten Preise zurückgenommen" gelten als mitverkauft, wenn sie nicht in angemessener Zeit zurückgeliefert werden. Es liegt ein bedingter Kauf, nicht eine Leihe vor.

3. Pflichten aus dem Vertrage.

a) Hamburg 2. 5. 17, R. 17, 402. Ist in einem Kaufvertrage ein „Akkreditiv" für den Verkäufer vereinbart, so ist die Stellung des Akkreditivs Vorbedingung und Voraussetzung der Leistungspflicht des Verkäufers.

b) **RG.** 2. 1. 17, BayRpflZ. 17, 119. Der Verkäufer von englischen, afrikanischen und amerikanischen Shares ist verpflichtet, dem Käufer das in den Shares beurkundete Anteilsrecht zu verschaffen, insbesondere für die Umschreibung auf den Käufer in den Büchern der btr. Gesellschaft zu sorgen (**RG.** 87, 221). Daß er die Shares in seinem Depot in London hat und dort für den Käufer aufbewahrt, ist nicht ausreichend.

c) **RG.** 27. 4. 17, R. 17 Nr. 1225. Kann der Verkäufer bei Versendung der Ware als Eilgut die vereinbarte Lieferungsfrist einhalten, dann muß er diese Versendungsart nötigenfalls zur Wahrung der Frist wählen.

d) Versendungspflicht des Verkäufers (JDR. 15, § 447, 2, 3).

α. Darmstadt 2. 6. 16, LeipzZ. 17, 352. Die vom Verkäufer nach Anweisung des Käufers übernommene Versendungspflicht ist eine den Inhalt der Hauptleistung nicht berührende Nebenleistung.

β. **RG.** 23. 1. 17, DJZ. 17, 615, HansGZ. 17 Hptbl. 126, JW. 17, 356, LeipzZ. 17, 596, R. 17, 120. Die dem Verkäufer obliegende Versendung erfolgt im Interesse des Käufers, der ihre Art und Weise auch dann noch ändern kann, wenn im Vertrag darüber eine Bestimmung getroffen ist. Dem darf sich der Verkäufer nur dann widersetzen, wenn er darlegt, daß durch die Veränderung der Reise seine Interessen in einem wichtigen Punkte verletzt würden. Dies ist nicht der Fall, wenn zwar die direkte Verschiffung, nicht aber die mittelbare Beförderung über neutrale Länder unmöglich geworden ist, und der Käufer sich bereit erklärt hat, die entstehenden Mehrkosten zu tragen.

γ. **RG.** 21. 11. 16, GruchotsBeitr. 61, 468, HoldheimsMSchr. 17, 68, JW. 17, 215, LeipzZ. 17, 403, PosMSchr. 16, 115, R. 17 Nr. 173. Der Verkäufer, der die aus dem Handelsgebrauche sich ergebende Übersendungspflicht zu erfüllen hat, hat regelmäßig der Versandanweisung des Käufers nachzukommen und sie auch dann zu befolgen, wenn der Käufer die bei Vertragsschluß erteilte Anweisung, sei es in bezug auf die Art, sei es in bezug auf das Ziel der Versendung, ändert. Er, der am Orte seiner Niederlassung liefert, besorgt mit der Versendung ein Geschäft des Käufers und hat dabei nach Treu und Glauben dessen Anweisungen zu befolgen, es sei denn, daß die Ausführung der veränderten Anweisung seine Mühewaltung erheblich vermehren oder seine Interessen in anderer Weise beeinträchtigen würde (vgl. LeipzZ. 12, 215).

δ. **RG.** 22. 12. 16, JW. 17, 283, R. 17, 76. Wenn in einem Kaufvertrage Bestimmungen über die von dem Verkäufer zu bewirkende Versendung getroffen sind, so darf grundsätzlich der Käufer diese Bestimmungen ändern und abweichende Weisungen erteilen, weil der Verkäufer, indem er die Sendung ausführt, der Regel nach nur ein Geschäft des Käufers besorgt. Dienen die Bestimmungen aber nicht ausschließlich dem Interesse des Käufers, hat vielmehr auch der Verkäufer ein Interesse an der festgesetzten Art der Versendung, dann tritt, soweit dies Interesse des Verkäufers reicht, für den Käufer eine vertragliche Bindung ein, die das ihm grundsätzlich zustehende Recht, andere Weisungen zu erteilen, beseitigt.

ε. Hamburg 27. 6. 16, SeuffA. 72, 76. Der Käufer ist im allgemeinen berechtigt, die über die Versendung der Ware erteilte Anweisung vor deren Ausführung abzuändern, wofern dem Verkäufer dadurch nicht erhebliche Schwierigkeiten zugemutet werden. Handelt es sich jedoch um ein Cif-Geschäft, bei dem Beförderungsart und Weg genau vorgeschrieben sind, dann kann der Käufer im Zweifel nicht als berechtigt gelten, dem Verkäufer eine andere Beförderung unter Angebot des Ersatzes der Mehrkosten vorzuschreiben.

ζ. Hamburg 14. 12. 16, R. 17, 178, SeuffA. 72, 187. Der Verkäufer, der die Versendung übernommen hat und damit lediglich ein Geschäft des Käufers führt, hat die mit dem Transport zu betrauende Person auszuwählen und sich die Gestellung des Transportmittels angelegen sein zu lassen. Stößt die Beschaffung von Waggons, wie jetzt im Kriege, auf außerordentliche Schwierigkeiten, so können ihm keine ungewöhnlichen Anstrengungen zugemutet werden. Sind diese Bemühungen erfolglos, so ist das nicht seine Schuld, und er kann die Ware dem Käufer zur anderweitigen Annahme anbieten.

e) Stuttgart 6. 2. 17, R. 17 Nr. 754, WürttJ. 28, 145. Nur die Versendung ist Sache des Verkäufers, nicht auch die Beförderung. Seiner Versendungspflicht genügt aber der Verkäufer damit, daß er die Ware der Bahn auf Grund des mit ihr abgeschlossenen Frachtvertrags zur Beförderung übergibt.

f) **RG.** 12. 7. 17, JW. 17, 927, R. 17, 407, WarnE. 17, 306. Erweist sich bei Cif-Geschäften die vertraglich vorgesehene Beförderung als unmöglich, dann ist der Verkäufer nicht verpflichtet, ohne weiteres eine andere — kostspieligere — Beförderungsart zu wählen, vorausgesetzt nur, daß eine Weigerung des Käufers, die Mehrkosten zu zahlen, nicht vorliegt. Zur Begründung einer solchen Verpflichtung ist vielmehr erforderlich, daß der

Käufer von dem Verkäufer eine andere Beförderung unter Angebot des Ersatzes der Mehrkosten fordert. Zustimmend: Leo, JW. 17, 927.

g) **RG.** 2. 1. 17, R. 17 Nr. 340. Auch wenn die Benutzung des Wasserwegs besonders vereinbart ist, kann aus der beigefügten Bestimmung, es sei „waggonfrei" Frankfurt zu liefern, die Verpflichtung des Verkäufers entnommen werden, im Falle der Versperrung des Wasserwegs die Versendung mit der Eisenbahn zu bewirken, sofern nur die Bereitwilligkeit des Käufers zur Tragung der etwaigen Mehrkosten aus seinen Erklärungen erkennbar hervorgeht.

h) **RG.** 11. 5. 17, LeipzZ. 17, 1175, R. 17, 518. Der Verkäufer braucht dem Verlangen des Käufers, die Ware nach einem anderen, als dem im Vertrage bestimmten Orte zu versenden, nicht zu entsprechen, wenn die ursprüngliche Ortsbestimmung nicht im alleinigen Interesse des Käufers, sondern zugleich in dem des Verkäufers vereinbart worden ist. Dies trifft bei Versendung der Ware in das Ausland zu, wenn dem Verkäufer die Ausfuhr eine gewisse Gewähr dafür bietet, daß die von ihm für den Verbrauch im Auslande gefertigte Ware nicht auf den inländischen Markt kommen und hier, auf dem Absatzgebiet seiner inländischen Abnehmer, mit seinen für das Inland bestimmten Erzeugnissen in Wettbewerb treten wird. Ist der Verkäufer unter den Verhältnissen, wie sie zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden, von vornherein nicht verpflichtet, die Ware auf Verlangen des Käufers nach einem deutschen Ort zu liefern, dann erwächst ihm eine derartige Verpflichtung auch nicht aus einer späteren Veränderung jener Verhältnisse, insbesondere nicht daraus, daß ihm ein Ausfuhrverbot die Versendung nach einem nichtdeutschen Ort unmöglich macht (vgl. auch II 3, 4).

i) **RG.** 22. 3. 17, LeipzZ. 17, 799. Wer sein Handelsgeschäft veräußert, hat dem Geschäftsnachfolger vertraglich ohne weiteres den vorhandenen Kundenkreis zu erhalten und zu erweitern.

k) Darmstadt 14. 7. 16, HessRspr. 17, 257, vgl. oben IV Cc zu § 157.

l) **RG.** 9. 2. 17, R. 17, 173, vgl. oben IX 3 zu § 275.

m) **RG.** 15. 5. 17, LeipzZ. 17, 959. Wenn feststeht, daß der Verkäufer nicht liefern kann oder wird, oder wenn auch nur eine berechtigte Besorgnis des Käufers nach dieser Richtung besteht, dann kann — bei Nichtvorliegen des Falls des § 321 — aus diesen Umständen vielleicht gemäß § 242 gefolgert werden, daß der Käufer zu der von ihm geforderten Leistung nicht ohne weiteres verpflichtet ist.

n) **RG.** 15. 12. 16, LeipzZ. 17, 919, R. 17 Nr. 784, 785. Bei dem Verkauf von Hölzern auf dem Stamme beschränkt sich die Abholzungspflicht des Käufers nicht auf die bloße Trennung und Entfernung der gekauften Hölzer von der Waldfläche, sondern erstreckt sich darüber hinaus auf sachgemäße Beaufsichtigung und Anweisung der Arbeiter, um sie von etwaigen Beschädigungen des dem Verkäufer verbliebenen Holzbestandes, zumal durch Feueranzünden, abzuhalten. Dieser Aufsichtspflicht wird durch formelle Bestellung eines Aufsehers nicht genügt. Daß der Verkäufer zur Beaufsichtigung seines Walds einen Förster hält, begründet weder seine Pflicht noch sein Recht, in das Verhältnis des Käufers zu seinen Arbeitern unmittelbar einzugreifen.

o) Hamburg 7. 2. 17, SeuffA. 72, 186. Sobald die verkaufte Ware am Bestimmungsort angekommen ist und dort jederzeit besichtigt werden kann, kann das an sich jedem Käufer zustehende Recht auf vorgängige Prüfung der Ware vor deren Bezahlung nicht durch Berufung auf die Klausel „Kasse gegen Duplikatfrachtbrief" hinfällig gemacht werden.

4. Leistungszeit.

a) **RG.** 1. 12. 16, HoldheimsMSchr. 17, 148, JW. 17, 290, R. 17 Nr. 165. In der Stundung des Kaufpreises gegen Wechsel liegt nicht eine glatte, sondern eine bedingte Stundung, eine Stundung für den Fall, daß der Käufer zur festgesetzten Zeit ein Akzept gibt. Gibt der Käufer das Akzept nicht zu der bedungenen Zeit, so fällt die Bedingung der Stundung fort, der Käufer kann dann Barzahlung verlangen, ohne daß die besonderen

Voraussetzungen des Verzugs, insbesondere eine Mahnung vorzuliegen brauchen (LeipzZ. 08, 374, HoldheimsMSchr. 05, 80).

b) Karlsruhe 5. 12. 16, BadRpr. 17, 21. In der Vereinbarung „Zahlung 60 Tage Akzept" liegt eine durch die Ausstellung und Ausfolgung des Wechsels — nicht durch dessen Einlösung — bedingte Stundung. Ist diese Bedingung einmal erfüllt und damit der Kaufpreis gestundet, dann kann das Rücktrittsrecht auch dann nicht mehr ausgeübt werden, wenn der Käufer nach Ablauf der Stundungsfrist mit der Zahlung im Rückstand bleibt, den Wechsel nicht einlöst.

c) Breslau 5. 12. 16, BreslauAK. 17, 21, R. 17, 299. Wird eine vor dem Kriege mit langjähriger Ratenzahlung unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache dem Käufer auf Grund des Kriegsleistungsgesetzes enteignet unter Zahlung einer Entschädigung, die das, was noch abzuzahlen ist, überwiegt, dann wird der ganze Restbetrag der Kaufgeldforderung fällig.

d) Hamburg 15. 6. 16, SeuffA. 72, 16. Die Vertragsbestimmung „netto Kasse bei Überreichung der Faktura" verpflichtet den Käufer an sich zur Zahlung vor Empfang der Ware. Doch tritt diese Verpflichtung nicht ein, wenn der Verkäufer ihm vor oder bei Überreichung der Faktura — z. B. durch Übersendung von Ausfallmustern — zu erkennen gibt, daß die Ware von vertragswidriger Beschaffenheit sein werde.

5. Kauf auf Abruf.

a) Colmar 20. 3. 16, ElsLothJZ. 17, 96. Die Festsetzung einer bestimmten Abruffrist bei Sukzessivlieferungsgeschäften läßt sich nicht mit dem Abschlusse eines Fixgeschäfts vergleichen. Es handelt sich dabei nicht darum, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der Ware, die der Käufer bis zum Ablauf der Frist nicht abgerufen hat, hört also mit diesem Zeitpunkt nicht von selbst auf, sondern besteht noch fort.

b) Stuttgart 8. 5. 17, R. 17 Nr. 1226. Die Bestimmung „auf Abruf" begründet zunächst nur das Recht des Käufers, den Lieferzeitpunkt zu bestimmen, bei einem Sukzessivlieferungsvertrag im Zweifel auch das Recht, den Umfang der einzelnen Lieferungen zu bestimmen, und bei einem Spezifikationskauf (§ 375 HGB.) ferner das Recht, über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse Bestimmung zu treffen. Da der Käufer aber hierbei nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu verfahren hat, kann dem Abrufrecht, wenn der Verkäufer ohne den Abruf nicht erfüllen kann, eine Abrufpflicht entsprechen.

c) Dresden 21. 3. 16, SeuffA. 72, 184. Bei Käufen auf Abruf kann der Verkäufer, wenn für größere Mengen unangemessene Abruffristen gesetzt werden, auch wenn dies erst gegen Ende der Abruffrist geschieht, im allgemeinen die Lieferung nicht ganz oder teilweise verweigern, sondern nur ihre Erstreckung auf die Zeit nach Ablauf der Frist verlangen. Selbst bei Zuwarten mit dem Abruf über die Abrufzeit hinaus erlischt im allgemeinen das Recht des Käufers nur dann, wenn es gegen Treu und Glauben ausgeübt wird. Anderes gilt dann, wenn die Einzelabrufe an bestimmte kalendermäßige Fristen gebunden oder sonst nach dem Inhalt des Vertrags mit größter Pünktlichkeit vorzunehmen sind, oder wenn überhaupt die Abrufpflicht als eine Hauptverbindlichkeit des Käufers erscheint.

d) Stuttgart 11. 4. 16, WürttJ. 28, 149. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, die auf Abruf zu liefernden Waren für den zu erwartenden Abruf jederzeit bereit zu halten. Es muß ihm vielmehr eine angemessene Frist zur Anfertigung der Ware gelassen werden. Dies gilt nicht, wenn er die abgerufene Ware vorrätig auf Lager hat (vgl. JDR. 15, § 433, 4d).

6. Vertrag über Lieferung von elektrischem Strom und Gas.

a) Kiel 12. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 97. Der Vertrag zur Lieferung von elektrischem Strom zu einem gewissen Zwecke verpflichtet den Stromerzeuger im Zweifel nicht nur

dazu, den Strom herzustellen und ihn am Erzeugungsorte in das Drahtnetz einzuleiten, sondern auch ihn bis zu der Stelle, wo er gebraucht wird, hinzuleiten.

b) Dresden 23. 11. 15, SeuffA. 72, 59. Dem Abnehmer von elektrischem Strom, der die Mindestabnahme einer bestimmten Anzahl Kilowattstunden im Jahre zugesagt hat, liegt, da die Abnahme naturgemäß wechselnd ist, nicht die Verpflichtung ob, in jedem Monat $^1/_{12}$ des Jahresbetrags abzunehmen, vielmehr ist ihm gestattet, den Minderbezug früherer Monate durch Mehrbezug späterer Monate auszugleichen.

c) Klein, Leistungsvertrag und Krieg. BayRpflZ. 17, 318. Der Vertrag mit einer Gasanstalt, nach dem der Abnehmer, falls er ein bestimmtes Quantum Gas abnimmt, einen bestimmten Preis, wenn er weniger abnimmt, einen höheren Preis zu bezahlen hat, ist dahin zu verstehen, daß der höhere Preis nur zu entrichten ist, wenn die Gasanstalt ihren Verpflichtungen voll nachkommen kann, der Abnehmer aber aus einem von ihm zu vertretenden Umstande außerstande ist, das Vertragsquantum abzunehmen. Dies trifft nicht zu, wenn die Minderabnahme durch eine Verordnung veranlaßt ist, die zum Zwecke der Kohlenersparnis die Einschränkung des Lichtverbrauchs anordnet.

7. Konzessionsvertrag.

Crome. Der Konzessionsvertrag d. h. der von Privatgesellschaften (Gas- oder Elektrizitätswerken) mit einer Stadtverwaltung geschlossene Vertrag des Inhalts, daß sich das Werk zum Anschluß der Gemeindeeingesessenen an die Leitungsnetze der Gesellschaft und zur Versorgung der Abonnenten mit Gas oder Elektrizität zu bestimmten Tarifen verpflichtet, ist kein Lieferungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Abnehmer, sondern ein Vertrag der Stadt mit der Gesellschaft über die Ausführung eines öffentlichen Dienstes (der Beleuchtung). Nach seinem Wesen und seiner Eigenart — die eingehend erörtert werden — unterscheidet er sich auch von einfachen Lieferungsverträgen an die Gemeinde und von der einfachen Übernahme öffentlicher Arbeiten im Dienst- oder Werkvertrag; insbesondere ist eine Kündigung durch die Gemeinde nach § 649 ausgeschlossen (7—12). Er empfängt seinen Inhalt ausschließlich durch den beim Vertragschluß maßgebenden Parteiwillen, wofür die allgemeinen Regeln über Verträge und das allgemeine Schuldrecht maßgebend sind; nur soweit sich Anklänge an einzelne der weiter im Gesetze behandelten benannten Verträge finden, werden auch aus den dort enthaltenen Bestimmungen Analogien abgeleitet werden können (31). Seinem Sinne nach darf die Stadtverwaltung den Unternehmer nicht durch eigensinniges Festhalten am Tarif, wenn dessen Grundlagen sich völlig verschoben haben, in den Ruin hineintreiben; dem Tarif kommt — ähnlich wie dem Kostenanschlag nach § 650 — nur limitatorische Bedeutung zu (41—43). Unter entsprechender Anwendung des § 633 Abs. 2 ist der Unternehmer für berechtigt zu halten, die Leistung streng nach dem Tarif zu verweigern, sofern die Kohlen- und sonstigen Materialpreise so außerordentlich gestiegen sind, daß bei dem Festhalten an dem Tarif seine wirtschaftliche Existenz gefährdet wird (44, 45), und überhaupt ist es der stillschweigend selbstverständliche Vertragswille, daß der Unternehmer an dem Tarif nicht wirtschaftlich zugrunde gehen soll, daß er zwar das Risiko gewöhnlicher Konjunkturverschlechterung und damit möglicherweise gewisse Verluste mit in den Kauf nehmen muß, nicht aber übermäßige, wie sie z. B. durch die Umwertung aller Werte im Weltkriege sich ergeben (45—51). Wird ihm das Festhalten an dem Tarif in einem Fall angesonnen, in dem es ihm nicht zugemutet werden kann, dann steht ihm gegen seine Leistungspflicht die Einrede aus dem Vertrage zu, mit der er den Vertragsinhalt geltend macht, wie er sich bei richtiger Auslegung ergibt (51, 52).

8. Abladegeschäft.

a) **RG.** 23. 1. 17, DJZ. 17, 615, HansGZ. 17 Hbl. 126, JW. 17, 356, LeipzZ. 17, 596, R. 17, 120. Bei Abladegeschäften, bei denen vereinbarungsgemäß nicht der Abladeort, sondern der inländische Bestimmungsort Erfüllungsort für den Verkäufer ist, ist

die Verschiffung der Ware als eine Nebenleistung des Verkäufers aufzufassen, die sich von der üblichen Versendungspflicht des Verkäufers nicht wesentlich unterscheidet.

b) **RG.** 2. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 104, R. 17 Nr. 356. Bei dem Abladegeschäft, bei dem aus dem Ursprungsorte abgeladene Ware als überseeische Abladung durch Übergabe der Konnossemente zu liefern ist, ist der Verkäufer weder berechtigt noch verpflichtet, eine bereits im Bestimmungshafen lagernde Ware zu liefern. Beide Arten der Lieferung gelten im Handel als Leistungen verschiedenen Inhalts, von denen die eine nicht durch die andere ersetzt werden kann (vgl. auch oben § 269, 9b).

9. Aufhebung des Vertrags. Verlust der Vertragsrechte.

a) **RG.** 23. 6. 16, R. 17 Nr. 21. Die Tatsache, daß der Käufer nicht sofort und dringend an die regelmäßige Lieferung gemahnt hat, kann nicht dazu führen, ihn ohne weiteres seiner Rechte aus dem Vertrage für verlustig zu erklären.

b) **RG.** 17. 11. 16, R. 17 Nr. 1577. In der bloßen Tatsache, daß der Käufer nicht in der vertraglich bestimmten Frist abgerufen hat, kann regelmäßig nicht ein Verzicht auf die Ausführung des Kaufvertrags erblickt werden. Sind jedoch die Marktpreise ständig gestiegen und hat der Käufer erst lange nach Ablauf der Abruffrist abgerufen, dann kann ein solcher Abruf als gegen Treu und Glauben verstoßend angesehen werden, so daß dem Schadensersatzanspruche des Käufers die Einrede der Arglist entgegensteht.

c) **RG.** 10. 7. 17, R. 17 Nr. 1787, 1788. Befindet sich der Käufer über die Rechtslage, ob der Kaufvertrag mangels Erfüllung hinfällig geworden ist, nicht im klaren, dann geht er seines Anspruchs nicht dadurch verlustig, daß er versucht, die angeblich noch schwimmende versicherte Ware zu verkaufen. Auch dadurch, daß er wegen Ungewißheit über das Schicksal der nicht angekommenen Ware die Restforderung des Kaufpreises verzögert, verliert er diesen Anspruch nicht.

II. Kriegsrecht.

1. **RG.** 17. 4. 17, R. 17, 266. Hat während des Kriegs und nachdem bereits skandinavische Schmalzausfuhrverbote bestanden, der Käufer zunächst „deutsches" Schweineschmalz verlangt, dann aber auch das Angebot „garantiert reinen Schweineschmalzes" den Beisatz „deutsch" fallen gelassen, dann ist nicht anzunehmen, daß er sich entgegen seinem ursprünglichen Verlangen auf die Lieferung lediglich ausländischen Schmalzes festgelegt haben sollte.

2. **RG.** 24. 10. 16, HoldheimsMSchr. 17, 69, R. 17, 29. Der Verkäufer, der auf Grund der Kriegsklausel die vertraglich bedungene Ware nicht mehr zu liefern braucht, ist nicht verpflichtet, eine andere „gleichartige" Ware zu liefern, auch wenn diese gegenwärtig als Ersatzmittel für die vertragsmäßige verwendet wird (Benzolknochenfett statt Benzinknochenfett). Anders wäre es, wenn Benzin- und Benzolknochenfett nach der Anschauung des Verkehrs dieselbe Ware wären, und wenn Vertragsgegenstand schlechthin Knochenfett unter beiläufiger Erwähnung der zur Zeit des Vertragsabschlusses üblichen Gewinnungsart geworden wäre.

3. **RG.** 20. 3. 17, R. 17, 973. Stellt sich nach Abschluß des Vertrags das Bestehen eines Ausfuhrverbots heraus, dann kann der Verkäufer die Lieferung am inländischen Leistungsort nicht deshalb verweigern, weil er möglicherweise einer unerlaubten Ausfuhr Vorschub leisten würde, wenn der Käufer alsbald erklärt, daß er die Ware entweder in Deutschland absetzen oder sie dort aufbewahren werde, bis es ihm gelungen sei, die Ausfuhrerlaubnis zu erwirken (vgl. I 3h).

4. Hamburg 28. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 65. Der Verkäufer einer vor dem Krieg für die Ausfuhr verkauften Ware (Wolle) kann sich darauf, daß infolge des Kriegs die Ausfuhr nicht möglich sei, nicht mehr berufen, wenn er nach Ausbruch des Kriegs, zu einer Zeit, zu der von einer alsbaldigen Beendigung desselben nicht die Rede war und somit die Unmöglichkeit der Verschiffung fortdauerte, den Käufer aufgefordert hat, ihm Farbendisposition zu erteilen. Damit hat er sich bereit erklärt, die Ware auch unter den veränderten

Umständen zu liefern und auf den Einwand, daß er die für die Ausfuhr bestimmte Ware nicht für den deutschen Markt zu liefern braucht, verzichtet.

5. LG. Görlitz 13. 3. 17, LeipzZ. 17, 623. Der Käufer einer Ware hat zwar dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, sofern aber zwischen dem Vertragsschluß und der festgesetzten Lieferzeit ein Höchstpreis für die Ware festgesetzt wird, der niedriger ist, als der Vertragspreis, nur den Höchstpreis.

6. a) **RG.** 27. 3. 17, JW. 17, 715, R. 17, 266. Der Einwand, daß der Verkäufer auf die Unmöglichkeit der Leistung sich nicht mehr berufen könne, wenn er verspätet das Abgehen von dem Vertrage erklärt hat, kann dann unbegründet sein, wenn die Änderung der Verhältnisse, die eine nachträgliche Vertragserfüllung ausschließt, erst ganz allmählich eingetreten ist.

b) **RG.** 6. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 236, R. 17, 518. Dadurch, daß der Verkäufer kurz nach Kriegsausbruch die Lieferzeit auf Grund der Vertragsklausel hinausschiebt, verzichtet er nicht auf Geltendmachung weiterer gesetzlicher Rechte, namentlich auf die Berufung auf Unmöglichkeit der Leistung (**RG.** 42, 117, JW. 16, 487).

7. **RG.** 8. 12. 16, R. 17, 77, WarnE. 17, 68. Hat der Käufer durch seine säumige Abnahme in der ursprünglichen Vertragszeit es verschuldet, daß der Verkäufer nunmehr in einer infolge der Kriegsereignisse für ihn ungünstigen Zeit liefern muß, dann entspricht es Treu und Glauben und der Verkehrssitte, der Lage des Verkäufers durch eine Verlängerung der Lieferzeit über den Zeitraum hinaus Rechnung zu tragen, in dem unter normalen Verhältnissen Vertragserfüllung von ihm hätte verlangt werden können.

8. a) **RG.** 13. 3. 17, R. 17, 224, WarnE. 17, 196. Ein Milchlieferungsvertrag hat seinem Wesen nach wegen der Gefahr raschen Verderbens seinen Wert gerade in der regelmäßigen täglichen Erfüllung. Hat die Lieferung der Milch nach Kriegsausbruch etwa einen Monat lang geruht, und hat der Bezugsberechtigte damals, zu einer Zeit, wo ihm die Lieferung sehr schlecht gepaßt hätte, dem Unterbleiben derselben nicht widersprochen, sondern dem Lieferanten es überlassen, für anderweite Verwertung der Milch zu sorgen, dann kann er in späteren Zeiten bei veränderten Verhältnissen Lieferung nicht mehr verlangen. Nach Treu und Glauben kann sein wochenlanges Stillschweigen nicht anders als ein Verzicht auf weitere Lieferung angesehen werden.

b) KG. 27. 10. 16, OLG. 34, 20. Mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse und die dadurch hervorgerufenen Preisschwankungen gestatten Treu und Glauben im allgemeinen kein längeres Hinausziehen des Abrufs über die Vertragszeit, und bei untätigem Verhalten des Käufers kann sogar ein Verzicht auf weitere Lieferung gegeben sein. Ob diese Auffassung schon dann Platz greifen kann, wenn der Käufer nur 4 Wochen nach Ablauf der vereinbarten Lieferungszeit verstreichen läßt, bleibt dahingestellt.

c) Dresden 30. 6. 16, LeipzZ. 17, 615. Wenn der Verkäufer mit der Erhebung des Anspruchs auf Weiterlieferung fast 3 Monate wartet, seitdem der Käufer mit dem Abruf der Ware in Verzug geraten ist, wenn es sich dabei um eine Ware handelt, der unzweifelhaft eine große Wertsteigerung bevorstand, dann muß, zumal der Betrieb und der Bedarf zahlreicher gewerblicher Unternehmungen sich infolge des Kriegs stark geändert hatten, der Kaufvertrag als stillschweigend aufgehoben gelten.

d) Hamburg 30. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 39, vgl. oben B IV 12 zu § 275.

9. Vgl. auch: I 2a, 3d ζ, 4c, 6.

§ 434.

1. **RG.** 20. 12. 16, WarnE. 17, 144 (vgl. JDR. 14, 2; 15, 2). Die Tatsache, daß gewisse Räume des verkauften Grundstücks vermietet und den Mietern überlassen sind, bezeichnet einen Mangel im Recht, nämlich ein Nichtfreisein des verkauften Gegenstands von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (**RG.** 59, 404, WarnE. 10, 109). Daß die vermieteten Räume nicht zu der dafür in Aussicht genommenen Zeit umgebaut werden können, bezeichnet nicht den Mangel selbst, sondern

seine Folge und kann ihn nicht aus einem Mangel im Recht zu einem Sachmangel machen (**RG.** 69, 356).

2. Hamburg 15. 1. 17, R. 17, 176. Das in der BRVO. vom 12. 2. 15 hinsichtlich der Futtermittel der Bezugsvereinigung für deutsche Landwirte eingeräumte Recht, die käufliche Überlassung der vorhandenen Futtermittel zu verlangen, kann als ein dem verkauften Gegenstand anhaftendes Recht Dritter nicht angesehen werden.

§ 436.

Dresden 14. 12. 16, SächsOLG. 38, 264. Eine Landeskulturrente fällt weder unter öffentliche Abgaben noch unter andere öffentliche Lasten; denn ihre Bestellung beruht auf einem privatrechtlichen Vertrage des Grundstückseigentümers mit der Rentenbank, die ihm die Mittel zur Bestreitung gewisser Grundstücksaufwendungen darlehnsweise gewährt hat.

§ 437.

1. **RG.** 13. 2. 17, R. 17 Nr. 591. Bei einer Garantie für den Eingang einer abgetretenen Forderung muß der Zessionar zunächst nötigenfalls mit Klage und Vollstreckung gegen den Schuldner vorgehen und erst, wenn dies erfolglos ist, kann er von dem Zedenten den Betrag der abgetretenen Forderung verlangen. Daraus, daß der Verkäufer der Forderung bei der Abtretung geäußert hat, der Prozeß gegen den Schuldner werde „voraussichtlich" 6 Monate dauern, folgt nicht, daß er den Eingang binnen 6 Monaten garantieren wolle, oder daß bis dahin die Garantie zu verwirklichen sei.

2. **RG.** 16. 2. 17, R. 17 Nr. 592. Bei dem Verkaufe der Rechte aus dem Pachtvertrage durch den Pächter haftet der Verkäufer mangels besonderer Abrede nur für den rechtlichen Bestand der verkauften Rechte, nicht auch dafür, daß die ihnen entsprechenden Pflichten von dem allein verpflichteten Verpächter erfüllt werden.

3. **RG.** 16. 5. 17, 90, 240, R. 17 Nr. 1603. Die Gewährleistungspflicht bei Nebenrechten erstreckt sich nicht nur auf ihren Bestand schlechthin, sondern auch auf ihre Eigenschaft als übergangsfähiges Nebenrecht.

4. Celle 12. 7. 17, BankA. 17, 8, LeipzZ. 17, 1101. Ein Vertrag, durch den Kuxe einer noch im Betriebe befindlichen Gewerkschaft verkauft werden, wird nicht ordnungsmäßig erfüllt, wenn die Gewerkschaft zur Zeit des Kaufs sich in Liquidation befindet. Denn dann wird dem Käufer der Bestand des verkauften Rechts nicht gewährt, indem er statt Kuxen einer noch erwerbenden Gesellschaft, die das Anteilsrecht am Betriebsgewinn verbriefen, Kuxe einer Liquidationsgesellschaft erwirbt, die nur ein Anteilsrecht an dem etwaigen Überschusse des Liquidationserlöses, also ein zeitlich und inhaltlich beschränktes Recht, verbriefen. Daß Kuxe von Liquidationsgesellschaften auch an der Börse gehandelt werden, steht dem nicht entgegen (vgl. JDR. 14, 9).

5. **RG.** 9. 10. 17, R. 17 Nr. 1975. Die Haftung nach § 437 setzt wie jede andere Schadenshaftung den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Schaden und der zum Ersatze verpflichtenden Tatsache voraus.

§ 438.

RG. 10. 1. 17, R. 17 Nr. 366. Erklärt der Schuldner, dem die Erfüllung seiner Geldschuld durch Überweisung eines Bankkontos nachgelassen wird, bei den Verhandlungen, das Bankbuch sei so gut wie bar Geld, so liegt darin keine vertragsmäßige Übernahme einer Haftpflicht für die Güte der Forderung.

§ 439.

1. Celle 12. 7. 17, BankA. 17, 8, LeipzZ. 17, 1101. Die Kenntnis des Mangels folgt nicht daraus, daß der Käufer die tatsächlichen Verhältnisse gekannt hat, die den Mangel begründen, vielmehr befreit nur Kenntnis des Rechtsmangels den Verkäufer von seiner Haftung (JW. 11, 646, **RG.** 59, 408).

2. **RG.** 25. 11. 16, R. 17 Nr. 31. Kenntnis von einer auf dem Grundstück lastenden

Rente liegt nur soweit vor, als dem Käufer auch die Dauer der Rente bekannt ist. Die Haftung des Verkäufers ist nur insoweit ausgeschlossen, als sich die Kenntnis des Käufers erstreckt.

3. Dresden 14. 12. 16, SächsOLG. 38, 264. Eine Landeskulturrente ist keine Rentenschuld i. S. des § 439 Abs. 2 (§ 1199), sondern eine Reallast i. S. des § 1105. § 439 Abs. 2 betrifft deshalb eine Landeskulturrente nicht, und deren Einreihung unter die hier behandelten Grundstücksbelastungen im Wege einer entspr. Gesetzesanwendung ist nicht angängig. Es greift somit die Regel des Abs. 1 Platz; der Käufer des Grundstücks hat keinen Anspruch auf Beseitigung der Landeskulturrente durch den Verkäufer, wenn er sie beim Abschluß des Kaufes kennt.

§ 440.

Stuttgart 4. 4. 17, LeipzZ. 17, 1010. Wird die verkaufte Ware nach der Absendung, aber ehe es zur Eigentumsverschaffung an den Käufer kommt, beschlagnahmt, dann geht der Verkäufer nach §§ 440, 223 seines Rechts auf den Kaufpreis verlustig.

§ 446.

1. KG. 5. 6. 14, OLG. 33, 265. Ein Vertrag, durch den ein Fabrikant oder Großhändler einem Kleinhändler Waren „in Kommission" gegeben hat, ist kein fester Kauf der Waren, ebensowenig ein Kommissionsgeschäft des HGB., sondern ein Vertrag eigener Art, aus dessen Natur die Frage nach dem Übergange der Gefahr unabhängig von § 446 zu beantworten ist. Aus der Natur dieses Verhältnisses, bei dem der Kleinhändler nicht einmal die Gefahr des festen Abschlusses übernimmt, folgt, daß er auch die Gefahr des Diebstahls nicht auf sich nimmt.

2. **RG.** 10. 3. 17, R. 17 Nr. 1022. Ein allgemeiner Grundsatz dahin, daß derjenige, der die Vorteile einer Sache genieße, auch die Lasten tragen müsse, ist vom Gesetze nirgends ausgesprochen. Nur bei einzelnen Rechtsgebilden ist er zur Geltung gekommen; so beim Kaufe (§ 446) und bei solchen Rechtsverhältnissen, bei denen einem Nichteigentümer das Recht des Nießbrauchs oder der Nutznießung zusteht (§§ 1047, 1385, 1654).

3. KG. 5. 3. 14, OLG. 33, 267. Eine Hagelversicherungsprämie gehört nicht zu den Lasten des Grundstücks i. S. des § 446.

§ 447.

1. Darmstadt 2. 6. 16, HessRspr. 18, 20, vgl. oben § 269, 8.

2. Hamburg 30. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 69. Bei dem überseeischen Abladegeschäft genügt der Verkäufer seiner vertraglichen Verpflichtung, wenn er die Ware im überseeischen Abladeort nach dem Bestimmungsort auf den Weg bringt und dem Käufer die über die gehörige Abladung ausgestellten Dokumente übergibt; jedenfalls für die erstgenannte Verpflichtung ist der Abladeplatz der Erfüllungsort für den Verkäufer. Demgemäß hat regelmäßig der Käufer die Gefahr der Reise zu tragen. Die Cifklausel betrifft nur die Kostenfrage und spricht für die Gefahrtragung durch den Käufer (vgl. § 269, 9d).

3. a) Stuttgart 4. 4. 17, LeipzZ. 17, 1010, R. 17, 268, 519. § 447 bezieht sich, wie aus dem Zusammenhang mit § 446 hervorgeht, nur auf die körperliche Verschlechterung der Ware während des Transports. Behördliche Maßnahmen, z. B. die Beschlagnahme, sind der körperlichen Verschlechterung nicht gleichzustellen.

b) Hamburg 10. 2. 17, R. 17, 226. § 447 ist nicht anwendbar, wenn ein militärisches Veräußerungsverbot erlassen wird, während die Ware sich auf dem Transporte befindet.

4. Wegen der Versendungspflicht des Verkäufers vgl. § 433.

§ 448.

Hamburg 14. 12. 16, R. 17, 177, SeuffA. 72, 187. An sich hat nach § 448 der Käufer die Kosten der Versendung zu tragen. Ist „waggonfrei Eisenbahnstation" verkauft, so heißt das, daß der Verkäufer die Kosten tragen soll, die bis zur Einladung in den Eisenbahn-

wagen entstehen. Darüber, wer die Versendung selbst vorzunehmen, insbesondere wer für die Gestellung des Wagens Sorge zu tragen hat, besagt die Klausel nichts.

§ 449.

1. **RG.** 3. 3. 17, R. 17 Nr. 801. Die Bestimmung im Kaufvertrage, der Käufer habe außer den Kosten und Stempeln alle „durch den Eigentumswechsel veranlaßten Abgaben" jeder Art zu übernehmen, kann dahin ausgelegt werden, daß der Käufer auch die Zuwachssteuer zu tragen hat, die ihrem Wesen nach an sich den Verkäufer zu treffen hätte (**RG.** 72, 395, JW. 11, 750). Der Ausdruck „Abgaben" steht der Zulässigkeit des Einbegreifens der Zuwachssteuer nicht entgegen (JW. 11, 750).

2. PrOVG. 10. 6. 13; 64, 159, OLG. 33, 269 Anm. Zu den Kosten des § 449 gehören auch die aus Anlaß des Kaufs, der Auflassung und der Eintragung zu entrichtenden Stempelbeträge.

3. **RG.** 28. 11. 16, R. 17 Nr. 30. § 449 ist im Falle der Enteignung nicht anwendbar. Aber auch für eine entsprechende Anwendbarkeit ist, in Anbetracht der rechtsbegrifflichen Verschiedenheit zwischen Kauf und Enteignung, die erforderliche Grundlage zu vermissen.

§ 455.

1. Hamm 5. 2. 15, OLG. 33, 271 Anm. § 455 steht abweichenden Vereinbarungen nicht entgegen. Deshalb kann der unter Eigentumsvorbehalt Veräußernde den Erwerber ermächtigen, den veräußerten Gegenstand weiter zu übertragen, sei es im eigenen Namen, sei es in dem des Eigentümers. In beiden Fällen erwirbt der Dritte mit der Besitzübertragung das Eigentum.

2. Werneburg, Zur Frage der Wirksamkeit des Maschineneigentumsvorbehalts, ZIndR. 17, 93. Die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an der verkauften Maschine für den Fall ihrer Verbindung mit dem Fabrikgrundstück kann sich der Verkäufer entweder durch Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit oder bei größeren (baulichen) Maschinenanlagen durch Bestellung eines Erbbaurechts erhalten. Bei Maschinenanlagen, die von ihm ausgeführt werden, kann er sich ferner gemäß § 648 für seine Forderungen aus dem ganzen Vertrage mit seinem Abnehmer dadurch sichern, daß ihm eine Sicherungshypothek an dem Grundstück des letzteren eingeräumt wird.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

Schrifttum: Chone, Die Zusicherung einer noch nicht vorhandenen Eigenschaft, insbesondere die Rechte des Käufers bei Nichteintritt der Eigenschaft, GruchotsBeitr. 61, 199. — Geppert, § 464, JheringsJ. 67, 211. — Hoeniger, Riskante Rechtsausübung, Tübingen 1917. — Oertmann, Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei Falschleistung? GoldschmidtsZ. 80, 48.

§ 459.

I. Gewährsmängel.

1. **RG.** 22. 9. 17, R. 17 Nr. 1809 (JDR. 14, 2; 15, 1 und 2). Die Behaftung eines Gebäudes mit Schwamm, ja schon das Vorhandensein von Schwammverdacht infolge früherer Schwammbehaftung, ist geeignet, den Verkaufswert eines Grundstücks herabzudrücken, falls diese nicht so völlig beseitigt ist, daß eine Wiederkehr ausgeschlossen erscheint und in der betreffenden Gegend im Gegensatz zu früheren Anschauungen nicht mehr mit der Möglichkeit dieser Wiederkehr gerechnet wird (JW. 12, 1103; 14, 979).

2. Stuttgart 14. 11. 16, R. 17, 188. Ist eine sorgfältige Sortierung der Ware bedungen oder sonst den Umständen nach zu erwarten, dann stellt eine ungenügende Sortierung einen Sachmangel dar.

3. Hamburg 14. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 259. Aus der Bestellung „genau wie gehabt" folgt nicht, daß wenn die frühere Lieferung mangelhaft war, die bestellte Ware dieselben Mängel aufweisen dürfe.

4. München 16. 1. 15, OLG. 33, 274. Das Fehlen einzelner Inventarstücke ist nicht als Fehler des verkauften Geschäfts i. S. des § 459 aufzufassen.

II. Eigenschaften.

1. **RG.** 20. 12. 16, WarnE. 17, 144 (JDR. 14, 3). Unter den Begriff der Eigenschaften fallen nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die vermöge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu haben pflegen (**RG.** 52, 2). Dazu gehört aber mindestens nicht ohne weiteres der Umstand, daß gewisse Räume des Kaufgrundstücks von einem gewissen Zeitpunkt ab nicht vermietet sind.

2. a) **RG.** 20. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 306, HoldheimsMSchr. 17, 67, JW. 16, 1584, LeipzZ. 17, 121, R. 16, 631. Die Zusicherung des Verkäufers, eine aus dem Auslande stammende Ware sei bereits an einem bestimmten Orte des Inlands angekommen, bedeutet die Zusicherung einer Eigenschaft der Ware. Sie betrifft ein tatsächliches Verhältnis der Ware von einer gewissen vorausgesetzten Dauer und einem Zustand der Ware. Es ist in den gegenwärtigen Zeitläufen für den Verkehrswert der vom Auslande stammenden Ware von wesentlicher und dauernder Bedeutung, ob sie sich bereits im Inlande befindet und damit einem feindlichen Zugriffe oder einem ausländischen Ausfuhrverbot entzogen ist oder nicht. Ihre tatsächlichen Verhältnisse sind ganz andere in dem einen wie dem anderen Falle.

b) Ebenso: Hamburg 13. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 295, R. 17 Nr. 1976 („Ware ist per Dampfer nach Lübeck verladen, glückliche Ankunft vorbehalten").

c) Ähnlich: Dresden 12. 10. 16, SächsOLG. 38, 240. Liegt in der Angabe des Verkäufers, daß die Ware schon von Malmö nach Hamburg schwimme, die Zusicherung, daß sie nur noch die Gefahr dieses kurzen Seewegs zu überstehen, die von Ausfuhrhindernissen aus Schweden aber bereits überstanden habe, dann hat der Verkäufer vertragsmäßig für das Nichtbestehen von Ausfuhrhindernissen aus Schweden Gewähr übernommen, und er haftet aus dem damit zustande gekommenen Garantievertrage für die Nachteile, die dem Käufer aus der Nichterlangung der Ware infolge von Verhinderung der Ausfuhr aus Schweden erwachsen.

d) Hamburg 18. 5. 17, HansRZ. 1, 40, R. 17, 408. Die bei einem Kaufe rumänischer Bohnen, der während des Krieges von einer Intendantur geschlossen wird, abgegebene Zusicherung des Verkäufers, daß die Ware sich in Deutschland befinde, stellt sich als Zusicherung einer Eigenschaft der Ware dar.

3. Hamburg 2. 6. 15, OLG. 33, 273. Die Exportfähigkeit einer Ware kann nur als zugesicherte, nicht als eine vorausgesetzte Eigenschaft in Betracht kommen, die beim Fehlen der Voraussetzung einen Mangel der Ware darstellt.

4. Hamburg 7. 4. 15 — JDR. 14, 4c zu § 459 —. „Garantie" für Geschmeidigkeit und Bruchfestigkeit eines Riemens als Zusicherung einer Eigenschaft; ist abgedruckt auch OLG. 33, 275.

5. Hamburg 18. 2. 16, OLG. 33, 274. Ist ein Platz von einer bestimmten Größe „in dem Zustande und in der Beschaffenheit" verkauft, „worin sich das Grundstück am heutigen Tage befindet, und wie es in Augenschein zu nehmen war, unter Ausschließung jeder Haftung auf Grund des § 459", dann handelt es sich bei der Größenbezeichnung nur um eine Beschaffenheitsangabe zum Zwecke der Identifizierung und Orientierung, nicht um die Zusicherung einer Eigenschaft.

6. **RG.** 12. 11. 16, BayRpflZ. 17, 116. Sichert der Verkäufer eines Grundstücks mit Schankwirtschaftsbetrieb dem Käufer zu, daß er einen gewissen Bierumsatz habe und gehabt habe, dessen Höhe er mit dem Verkehr eines in der Nachbarschaft seinen Spielplatz habenden Sportvereins bei ihm begründet, dann liegt darin die Zusicherung des gegenwärtigen Vorhandenseins eines Zustandes, der deshalb als Eigenschaft des Grundstücks

angesprochen werden darf, weil er aller Voraussicht nach eine gewisse Dauer erwarten läßt (JW. 12, 747) und daher geeignet ist, einen Einfluß auf die Wertbemessung des Grundstücks und somit auch des Kaufpreises zu bilden.

7. Hamburg 22. 2. 16, OLG. 33, 273. Bei Geschäftsverkäufen wird ein bestimmter Jahresertrag regelmäßig als eine Eigenschaft des Kaufgegenstandes angesehen werden können (RG. 51, 1; 67, 87).

8. Giese, Verantwortlichkeit von Verleger und Redakteur für falsche Nachrichten, JW. 17, 631. Selbst wenn die Richtigkeit der Nachrichten, die eine abonnierte Zeitung oder Zeitschrift bringt, als „Eigenschaft" der Nummern der Zeitung oder Zeitschrift anzusehen wäre, würde es doch an einer „Zusicherung" dieser Eigenschaft fehlen. Regelmäßig hat sich weder aus den Erklärungen des Verlegers noch aus denjenigen des Beziehers bei Eingehung des Kaufvertrags der geringste Anhalt für die Übernahme einer Garantie seitens des Verlegers dafür ergeben, daß alle in die Zeitung oder Zeitschrift aufzunehmenden Nachrichten richtig sein werden. Aus den Umständen läßt sich die stillschweigende Übernahme einer solchen Garantie im Regelfalle nicht folgern.

9. Chone 199. Wenn jemand beim Kaufe eine nicht vorhandene, aber herstellbare Eigenschaft zusichert, dann stehen dem Käufer neben dem Herstellungsanspruche auch die Gewährleistungsansprüche zu (siehe auch § 326 I 4d).

III. Zusicherung.

1. **RG.** 24. 6. 16 — JDR. 15 III 2 — btr. Begriff der vertraglichen Zusicherung und Bedeutung der Größenangabe des Grundstücks, abgedruckt auch: HansGZ. 17 Bbl. 111.

2. Hamburg 22. 2. 16, OLG. 33, 273. Zum Begriffe der Zusicherung ist der erkennbar gemachte Wille beider Vertragsteile erforderlich, daß der Verkäufer für ihre Richtigkeit einstehen soll.

3. **RG.** 20. 12. 16, WarnE. 17, 144. Unter einer zugesicherten Eigenschaft ist nur eine in vertragsmäßig bindender Weise zugesicherte Eigenschaft zu verstehen. Dazu gehört nicht nur, daß in der betreffenden Erklärung ein Verpflichtungswille, der Wille des Verkäufers, für das Erklärte einzustehen, zum Ausdruck kommt, und daß die Erklärung von der anderen Seite in entspr. Sinne angenommen ist, sondern auch, daß die Erklärung und ihre Annahme der erforderlichen Form — insbesondere der des § 313 beim Grundstückskauf — nicht ermangelt.

IV. Braunschweig 9. 6. 14, BauersZ. 24, 68, OLG. 33, 277. Zusicherungen über die Güte und den Wert von Inhaberpapieren oder des Unternehmens, auf das sie sich beziehen, sind nach Gewährleistungsgrundsätzen zu vertreten. Dies ist auch bei dem Verkaufe von Geschäftsanteilen einer GmbH. anzunehmen. Ihr sachliches Substrat besitzen die Anteile in dem geschäftlichen Betriebe, der den Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft bildet.

V. 1. **RG.** 16. 5. 17; 90, 240, R. 17 Nr. 1604. Auf den Rechtskauf sind die §§ 459ff. unanwendbar. (**RG.** 56, 255; 63, 60.)

2. Vgl. § 344, 1.

VI. Oertmann 48. Das Gewährschaftsrecht ist auf die Fälle der Falschlieferung i. S. des § 378 HGB. nicht anzuwenden (gegen **RG.** 86, 90 und Adler, LeipzZ. 9, 1504).

VII. Pelkmann, Gewährleistungsanspruch wegen Sachmangels bei einem Kaufe wertloser Aktien, LeipzZ. 17, 1119. Die Unterscheidung von Sach- und Rechtsmängeln, je nachdem, ob eine Sache (Stoff) oder das (Verfügungs-) Recht an einer Sache mangelhaft ist, ist nicht begrifflich auf die fehlerhafte Beschaffenheit von Sachen oder Rechten an Sachen beschränkt, sondern läßt sich im übertragenen Sinne auch dann verwenden, wenn es sich um Rechte handelt. Bei dem Erwerbe eines Rechts durch Rechtsgeschäft ist zwischen dem „stofflichen" Inhalt (dem wirtschaftlichen Wert des Rechts) und dem „formellen" Inhalt (der Art und Weise der Ausübung des Rechts, der Verfügung über das Recht), zu unterscheiden. Aus der Natur der beiden Inhalte folgt für den formellen, daß er nur dann

mangelhaft sein kann, wenn das Recht am Recht mangelhaft ist: nur bei Vorhandensein eines Rechtsmangels kann die Ausübung des Rechts gehindert sein. Der stoffliche Inhalt dagegen, die Verwirklichung des Zwecks, ist abhängig von der Unversehrtheit des formellen Inhalts und von tatsächlichen Umständen; bei Aktien ist er abhängig von den Verhältnissen der AG. Sind diese ungünstig, dann wirkt dies unmittelbar auf den stofflichen Inhalt des Aktienrechts zurück; der Erwerber hat in Wahrheit einen mangelhaften „Gegenstand" erworben. Die Analogie im Sachmangel springt in die Augen. Die ähnliche Artung der mangelhaften Beschaffenheit von körperlichen und unkörperlichen Gegenständen verlangt aber auch eine ähnliche rechtliche Behandlung; wenn der stoffliche Inhalt eines gekauften Rechts mangelhaft ist, müssen die §§ 459ff. entsprechend angewendet werden. Die Gegnerschaft des RG. gegen diese Auffassung von der unmittelbaren Beziehung von Kaufgegenstand und Rentabilitätstatsachen (**RG.** 59, 243) ist unbegründet.

VIII. Hoeniger. Dadurch, daß dem Käufer die Entscheidung darüber zugemutet wird, daß der Mangel nicht erheblich ist, wird für ihn die Ausübung des Wandlungsrechts riskant (vgl. Vorbem. z. ZPO.).

§ 460.

RG. 30. 3. 17, LeipzZ. 17, 973. Der Käufer, der bei der Besichtigung der Ware (Zinkabfälle) in dem ihm bekannten Betriebe des Verkäufers sich damit begnügt, von den vorhandenen mehreren, ihm zur Prüfung freistehenden Kisten nur eine anzusehen und bei dieser sich nur die oberste Schicht oberflächlich betrachtet, ohne sich durch Stichproben bei dem Ausschütten der Abfälle aus den Kisten davon zu überzeugen, ob diese seinem Verwendungszweck entsprechen, läßt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht. Auf die Versicherung eines Arbeiters des Verkäufers, in den Kisten sei nur Zinkblech, kein Weißblech, allein darf er sich nicht verlassen.

§ 462.

1. Wandlung vor Übergabe. **RG.** 12. 1. 17, LeipzZ. 17, 872, WarnE. 17, 118 (JDR. 14, I; 15 II). Die Wandlung setzt grundsätzlich die Übergabe der Kaufsache voraus (**RG.** 53, 70).

2. Nachbesserung. a) **RG.** 24. 1. 17, R. 17 Nr. 367. Ist zur Zeit der Übergabe des Hauses wegen des Vorhandenseins von Wanzen ein Fehler i. S. des § 459 Abs. 1 tatsächlich bereits gegeben, dann ist dadurch der Minderungsanspruch des Käufers unentziehbar zur Entstehung gelangt. Er wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich bereit erklärt und auch dazu imstande ist, die Wanzen vollständig zu beseitigen. Auf dies Erbieten einzugehen, besteht für den Käufer keine Verpflichtung.

b) **RG.** 2. 10. 17, R. 17 Nr. 1977. Die vertragsmäßige Gestattung der Nachbesserung in bestimmten Fällen ist nicht ausdehnend auszulegen.

3. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zur Anfechtung. a) **RG.** 17. 5. 16, WarnE. 17, 116 (JDR. 15 V). Die mit der Übergabe der Kaufsache an sich gegebene Möglichkeit, wegen der gerügten Sachmängel Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, schließt eine Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums über Eigenschaften der Sache, der sich auf jene Sachmängel bezieht, aus (**RG.** 61, 175; 70, 429, GruchotsBeitr. 53, 940).

b) **RG.** 17. 5. 16, WarnE. 17, 116. Gewährleistungsansprüche des Käufers werden nicht dadurch ausgeschlossen, daß er den Kauf wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten hat. Sie setzen zwar einen wirksamen Kaufvertrag voraus (**RG.** 71, 433), aber ein Vertrag wird nicht schon dadurch unwirksam, daß er angefochten wird, sondern er ist es nur dann, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen er nach gesetzlicher Vorschrift angefochten werden kann. Werden in derselben Klage die Anfechtung eines Kaufvertrags und Gewährleistungsansprüche daraus geltend gemacht, so ist zunächst zu erörtern, ob die Anfechtung mit Recht erfolgt ist, und nur wenn diese Frage nicht bejaht wird, kann auf die Gewährleistungsansprüche eingegangen werden (WarnE. 13, 237) (vgl. auch JDR. 15 I).

§ 463.

1. Arglistiges Verschweigen. **RG.** 4. 11. 16, R. 17 Nr. 368. Dem Verkäufer liegt bezüglich solcher Umstände die Offenbarungspflicht ob, von denen er annimmt, daß sie möglicherweise für den Kaufwillen des anderen Teils erheblich sind, und deren Mitteilung Treu und Glauben nach der Verkehrsauffassung fordern (**RG.** 62, 149; 69, 15; 70, 427; 77, 313). In einem solchen Fall kann er sich eines arglistigen Verhaltens auch durch Stillschweigen schuldig machen. Der Verkäufer eines Anteils an einem Bergwerke muß bei dem Vorliegen der btr. Tatsachen dem Käufer Mitteilung davon machen, daß das Bergwerk aufgegeben gewesen war, daß neue Aufschlüsse noch nicht gemacht sind, daß zunächst eine kostspielige Bohrung erforderlich ist, daß er nicht die Absicht hat, das Bergwerk in der im Verkehre üblichen Weise auszubeuten oder ausbeuten zu lassen.

2. Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Verkäufers und dem des Käufers. **RG.** 24. 6. 16 — IDR. 15 IV 2 — btr. Erfordernis des Bewußtseins des Verkäufers von dem Einfluß der Täuschung auf den Entschluß des Kauflustigen, abgedruckt auch: HansGZ. 17 Bbl. 111.

3. Schadensersatz. a) Stuttgart 22. 12. 16, WürttI. 28, 155. Auf Grund des § 463 kann der Käufer unter Zurückweisung der Kaufsache Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags verlangen; er kann sich aber auch darauf beschränken, unter Festhaltung am Vertrag im ganzen Schadensersatz wegen Nichtgewährung der zugesicherten oder vorgespiegelten Eigenschaft zu beanspruchen.

b) Kiel 7. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 129. Mag man auch im allgemeinen und insoweit der Auffassung des RG. — 66, 335, IW. 12, 472 —, wonach der Arglistige auch an unverbindlichen Zusicherungen vom Vertragsgegner ohne Anfechtung des Vertrags festgehalten werden darf, nicht entgegentreten, so kann dieser Anschauung doch nicht bis zu der Schlußfolgerung gefolgt werden, daß der angeblich Getäuschte das Erfüllungsinteresse auch dann verlangen könne, wenn die angeblich arglistige Angabe des Gegners nach seiner eigenen bindenden und als Zugeständnis wirkenden Darstellung seinen Entschluß, den Kaufvertrag abzuschließen und einen bestimmten Preis zu gewähren, nicht im geringsten beeinflußt hat. Die gegenteilige Ansicht läuft darauf hinaus, daß dem Arglistigen eine, vielleicht vom sittlichen Standpunkt aus nicht unverdiente Strafe, seinem Vertragsgegner aber jedenfalls unverdienter Vorteil zufällt. Für eine derartige Rechtsfolge gibt weder das Gesetz noch seine sinngemäße Auslegung eine ausreichende Grundlage.

c) **RG.** 1. 5. 17, IW. 17, 709, LeipzZ. 17, 1131, R. 17 Nr. 1396. Daß der Käufer die Sache mit Gewinn weiter verkauft hat, schließt nicht ohne weiteres aus, daß er infolge des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft Schaden erlitten habe. Er kann geschädigt sein, wenn er beim Weiterverkauf von einer Zusicherung der Eigenschaften, weil sie nicht vorhanden waren, hat Abstand nehmen müssen und eine mit den Eigenschaften ausgestattete Sache zu einem noch höheren Preise hätte verkaufen können. Dagegen ist er nicht geschädigt, wenn er die Eigenschaften auch seinem Abkäufer zugesichert hat, und dieser wegen des Fehlens derselben keine Ansprüche erhoben hat.

d) Stuttgart 22. 12. 16, R. 17 Nr. 369, WürttI. 28, 155. In dem Versuche des geschädigten Käufers, sich für den bei dem Verkäufer erlittenen Schaden bei einem Dritten auf unlautere Weise zu erholen, ist ein bedingungsloser Verzicht auf den Schadensersatzanspruch gegenüber dem Verkäufer nicht zu erblicken.

§ 464.

1. Königsberg 26. 1. 15, OLG. 33, 279. § 464 setzt nur voraus, daß der Käufer den Mangel, wie er objektiv in die Erscheinung tritt, kennt. Daß er sich auch der Tragweite des Mangels bewußt sein oder sich eine richtige Vorstellung von dem Umfange des Mangels machen müsse, wird nicht erfordert. Deshalb kennt der Käufer die wahre Größe des Grundstücks, wenn er weiß, wieviel Hektar es umfaßt, auch wenn er sich bei der Umrechnung in Morgen irrt (vgl. IDR. 14, 2a zu § 464).

2. Geppert 211. Die positive Vorschrift des § 464 schränkt die Bestimmung des § 463 Satz 2 ein. Sie bezieht sich aber nur auf den hier behandelten vertraglichen Anspruch des Käufers wegen arglistigen Verschweigens. Dagegen gilt sie bei der grundsätzlichen Verschiedenheit beider Ansprüche nicht gegenüber dem auf eine unerlaubte Handlung des Verkäufers gestützten Anspruch des Käufers. Die vorbehaltlose Annahme in Kenntnis des Mangels beseitigt diesen letzteren Anspruch nicht. Die Ansicht des RG. V 59, 104 ist nicht zutreffend. Mit ihr steht RG. II JW. 11, 756 in Widerspruch, was RG. V JW. 15, 445 zu Unrecht in Abrede stellt.

3. **RG.** 2. 10. 17, R. 17 Nr. 1978. Vereinzelte Benutzung der mangelhaften Sache steht der Wandlung nicht entgegen, wenn sie zur Verminderung weiterer Nachteile, insbesondere für den Verkäufer selbst, z. B. zur Ersparung angeblich von diesem zu ersetzender Kosten, erfolgt.

§ 466.

1. München 6. 6. 17, LeipzZ. 17, 1283. Entgegen der Rechtspr. des RG. (55, 105; 57, 12) ist anzunehmen, daß deshalb, weil im Falle der Wandlung die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zu machen sind, der Erfüllungsort für diese Leistungen nicht notwendig derselbe zu sein braucht, daß vielmehr wie bei den Ansprüchen aus anderen zweiseitigen Verträgen so auch bei den Ansprüchen aus der erklärten Wandlung jeweils der Wohnsitz des Schuldners oder der Ort seiner gewerblichen Niederlassung Erfüllungsort für die ihm obliegende Leistung ist.

2. Dresden 22. 9. 16, OLG. 35, 29, SeuffA. 72, 380. Bei der Wandlung ist der Erfüllungsort für die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung des Kaufpreises dort gegeben, wohin die Ware auf Grund des Vertrags gelangt ist. Dies gilt auch dann, wenn die Ware auf Antrag des Käufers versteigert und der Erlös an ihn ausgezahlt worden ist.

§ 467.

1. Dresden 12. 10. 16, SächsRpflA. 17, 221. Der Wandlungsanspruch ist unbegründet, wenn dem Käufer unmöglich ist, die erhaltene Ware herauszugeben, und er diese Unmöglichkeit verschuldet hat (§§ 467, 351).

2. **RG.** 2. 10. 17, R. 17 Nr. 1979. Hat der Käufer dadurch, daß er die mangelhafte Sache benutzte, Vorteile erlangt, so kann der Verkäufer Erstattung des Werts dieser Vorteile gemäß §§ 467, 346, 348 verlangen.

§ 469.

1. **RG.** 30. 10. 16, R. 17 Nr. 32. Ist die nur der Gattung nach bestimmte Warenmenge zu einem bestimmten Preise für das Stück verkauft, und ist ihre Lieferung in verschiedenen Monatsraten vereinbart, dann gelten die Waren nicht als ein zusammengehörendes Ganze verkauft, falls nicht besondere Anhaltspunkte für eine dahingehende Absicht der Vertragschließenden gegeben sind.

2. Kiel 24. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 173, SeuffA. 72, 359. Nach seinem Grundgedanken und erkennbaren Sinn bezieht sich § 469 nicht nur auf solche Gegenstände, die sich der äußeren Betrachtung als Sondererscheinungen darbieten, z. B. einzelne Stücke einer maschinellen Einrichtung, verpackte Teile einer gleichartigen Masse, sondern auch auf die ununterscheidbar zusammengeworfenen Teile eines Haufens von Körnern, Kohlen, Mergel u. dgl. Die Sonderung von Teilen eines solchen Haufens muß ohne Antastung des Wandlungsrechts zugelassen werden, wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen. Unterzieht sich der Käufer freiwillig der Arbeit der Aussonderung der verwendbaren von den unbrauchbaren Stücken eines solchen Haufens, dann handelt er wirtschaftlich zweckmäßig, fügt dem Verkäufer keine Nachteile zu und hält sich innerhalb der mindestens sinngemäß angewandten Bestimmung des § 469 (SeuffA. 42, 190, JW. 07, 478).

§ 472.

1. **RG.** 24. 1. 17, R. 17 Nr. 371. Nach § 472 ist lediglich zu prüfen, welchen Minderwert der Kaufgegenstand im Zeitpunkte des Verkaufs gegenüber dem Werte in mangelfreiem Zustande nach der Verkehrsauffassung objektiv hat. Der nachträgliche Hergang der Dinge spielt keine Rolle. Deshalb ist es unerheblich, ob der verkaufte Gasthof nach dem Verkaufe in ungewöhnlichem Maße besucht wird, und es kommt nicht darauf an, welchen Kostenbetrag der Käufer zur Beseitigung des Mangels aufgewendet hat.

2. **RG.** 1. 5. 17, JW. 17, 709, LeipzZ. 17, 1131, R. 17 Nr. 1397. Der durch den Mangel einer verkauften Maschine verursachte höhere Kohlenverbrauch derselben fällt nicht ohne weiteres mit ihrem Minderwerte zusammen.

3. **RG.** 13. 6. 17, LeipzZ. 17, 1125. Ist die Versicherungssumme des auf dem verkauften Grundstücke stehenden Gebäudes unrichtig angegeben, dann kann eine Preisminderung unter den sonst gegebenen Voraussetzungen ohne Rücksicht darauf verlangt werden, daß an sich der Wert des Grundstücks der nämliche geblieben ist, gleichviel wie hoch die Gebäude versichert waren. Der wirkliche Wert spielt dann nur als der eine Faktor für die nach § 472 anzustellende Verhältnisrechnung eine Rolle. Der Wert des Grundstücks wäre aber, wenn der Versicherungswert der Gebäude, wie angegeben, höher gewesen wäre, als er es in Wahrheit ist, ebenfalls höher gewesen, als wie er nach dem tatsächlichen Versicherungswert anzunehmen ist.

§ 477.

1. KG. 15. 2. 13, OLG. 33, 280. Für den Eintritt und Fortgang des Laufs der Verjährung ist es ohne Belang, ob der Käufer die angeblichen Mängel schon gekannt oder später erst entdeckt hat.

2. **RG.** 19. 10. 17, R. 17 Nr. 1981. Die gesetzliche Rügefrist kann durch Vertrag verlängert werden.

3. **RG.** 20. 4. 17, JW. 17, 765, R. 17 Nr. 1023. Die für den gesetzlichen Minderungsanspruch Platz greifende kurze Verjährung des § 477 gilt nicht für einen Minderungsanspruch, der auf einem Vergleiche der Parteien des Inhalts beruht, daß dem Käufer ein von Gutachtern zu ermittelnder Minderwert zu vergüten sei.

4. **RG.** 29. 9. 16, R. 16 Nr. 2083. Das Verfahren zur Sicherung des Beweises war mit der Einreichung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen beendigt. Von diesem Zeitpunkt an beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen.

§ 478.

KG. 15. 2. 13, OLG. 33, 280. Unter Mängelanzeige kann nur eine Mitteilung verstanden werden, aus der für den Empfänger klar hervorgeht, daß sich der Käufer sein Recht wegen der Mängel des Kaufgegenstands vorbehält, daß er also aus den Mängeln Rechte für sich herleiten oder sich vorbehalten wolle. Weiter gehört dazu, daß nicht etwa den Umständen des Falls zu entnehmen ist, der Käufer wolle die ihm aus dem Vorhandensein der Mängel erwachsenden Rechte nicht ausüben (**RG.** 54, 68).

§ 480.

1. **RG.** 9. 1. 17, R. 17 Nr. 372, 373. § 480 ist anwendbar, auch wenn es sich um einen beschränkten Gattungskauf handelt. Ist die Gattung, aus der geliefert werden soll, auf einen bestimmten Vorrat beschränkt, dann kommt für eine etwaige Ersatzlieferung nur dieser in Betracht, und dem Anspruch auf Ersatzlieferung kann der Umstand entgegenstehen, daß die Leistung aus dieser, allein den Vertragsgegenstand bildenden Gattung unmöglich ist, weil diese von dem Verkäufer ausverkauft worden ist.

2. **RG.** 19. 6. 17; 90, 332, JW. 17, 902, R. 17 Nr. 1605. Bei dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Käufer den Vertrag als gänzlich unerfüllt behandeln und die Zurücknahme der mangelhaften Sache erlangen (**RG.** 52, 352). Läßt

er sich in einem solchen Falle den nutzlos aufgewendeten Kaufpreis zurückzahlen, so ist dies nichts weiteres, als eine teilweise Verwirklichung seines Schadensersatzanspruchs.

3. Darmstadt 25. 5. 17, HessRspr. 18, 123. Der Verkäufer, der die vom Käufer beanstandete, nur der Gattung nach bestimmte Ware zurückgenommen hat, kann Ersatzlieferung nicht mit der Begründung verweigern, die zurückgenommene Ware sei vertragsmäßig gewesen. Denn er hat nicht darauf bestanden, daß er mit der Lieferung den Vertrag erfüllt hätte, sondern hat sich seines Rechts insoweit vollständig begeben; es ist damit der gleiche Zustand geschaffen worden, der bestanden haben würde, wenn überhaupt nicht geliefert worden wäre. Liefert der Verkäufer die Ersatzware nicht, dann haftet er dem Käufer wegen schuldhafter Nichterfüllung, ohne die Vertragsmäßigkeit der zurückgenommenen Ware anrufen zu können. § 480 kommt hier nicht in Betracht.

§ 487.

RG. 18. 10. 07, OLG. 33, 283 Anm. Die Abrede: „Hat das Pferd einen gesetzlichen Fehler und paßt es sonst nicht, findet lediglich Umtausch statt, und zwar unter Herauszahlung oder Rückerstattung" gibt dem Käufer unter Ausschluß der Gewährleistung nur das Recht, statt des übergebenen Pferdes Erfüllung auch in der Form zu verlangen, daß er gegen Rückgabe jenes Pferdes ein anderes aus den Beständen des Verkäufers auswählen darf, bezüglich dessen dann der Verkäufer einen Kaufantrag machen soll. Solange der Käufer die Vornahme einer Auswahl ablehnt, besteht der alte Vertrag fort, und hat der Käufer den Kaufpreis zu zahlen.

§ 489.

Marienwerder 23. 2. 14, OLG. 33, 285. Die Verpflichtung des Prozeßgerichts zur Anordnung der Versteigerung entfällt nicht, wenn der Gegner der beantragten Versteigerung zustimmt. Denn jede Partei hat einen ihr durch das Einverständnis der Gegenpartei nicht entziehbaren Anspruch darauf, daß das Tier durch öffentliche, vom Prozeßgericht angeordnete Versteigerung veräußert werde.

§ 492.

1. KG. 13. 12. 15, OLG. 33, 284. Eine Zusicherung ist nur dann wirksam, wenn sie die bestimmte Bezeichnung der Eigenschaft oder die bestimmte Angabe der als abwesend zugesicherten Mängel enthält.

2. Kiel 5. 6. 15, OLG. 33, 273 Anm. In der Erklärung des Verkäufers, die Pferde seien reell und gut, liegt keine unverbindliche Kaufanpreisung, sondern eine verpflichtende Zusicherung der Fehlerfreiheit.

3. **RG.** 10. 11. 16, R. 17 Nr. 33. Die Zusage der Trächtigkeit enthält an sich nichts weiter, als die Zusicherung, daß das Tier ein Junges trage. Die weitere Zusicherung, daß das Tier geeignet sei, normalerweise Junge zur Welt zu bringen, enthält sie regelmäßig nicht.

4. Augsburg 19. 4. 16, OLG. 33, 247. Auch im Falle des § 492 ist § 478 anwendbar.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494.

1. **RG.** 12. 1. 17, HoldheimsMSchr. 17, 182, LeipzZ. 17, 872, WarnE. 17, 118. Die Übergabe eines Musters kann den verschiedensten Zwecken dienen. Ihr Zweck und Bedeutung ist daher jedesmal auf Grund der Umstände des einzelnen Falls zu beurteilen. Daraus, daß ein Muster als „Ausfallmuster" übergeben wird, erhellt nicht, daß die Mangelhaftigkeit des Musters den Käufer ohne weiteres zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Ebenso: **RG.** 26. 1. 17, R. 17 Nr. 1245.

2. **RG.** 26. 4. 17, JW. 17, 710, R. 17 Nr. 1398. Sind die Parteien darüber einig, daß Kalbfelle und nur solche geliefert werden sollen, sind die Muster, die bei dem Verkaufe

vorgelegt worden sind, aber Ziegenfelle gewesen, ohne daß die Parteien dies gewußt haben, dann kommt der Vorlegung der Muster in Verbindung mit dem Abgesprochenen die Bedeutung zu, daß der Käufer zwar Waren nach Art der Muster, aber nur Kalbfelle und nicht Felle irgendwelcher anderer Tiere zu erhalten hat.

3. Hamburg 28. 6. 16, OLG. 33, 286. Bei einem Kauf auf Probe enthält die Artbezeichnung keine besondere Zusicherung, sondern drückt nur aus, wofür der Verkäufer die Ware halte. Ist der Verkäufer auch nicht berechtigt, etwas ganz anderes anzubieten, so ist doch seine Verpflichtung zur Bemusterung und Lieferung einer bestimmten Art von Ware in weniger strengem Sinne zu verstehen, als wenn die Genehmigung des Käufers nicht vorbehalten wäre.

§ 495.

Hamburg 23. 5. 17, SeuffA. 72, 256. Bei der Billigung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung; deren Zugehen darf der Verkäufer nicht vereiteln.

§ 496.

Hamburg 23. 5. 17, SeuffA. 72, 256. Ist auf „morgigen Besicht" verkauft, so bedeutet dies, daß die Frist des § 496 am nächstfolgenden Tage abläuft.

3. Vorkauf.

§ 504.

Hamburg 23. 1. 14, OLG. 33, 288. Ist vereinbart, daß derjenige, dem ein als Vorkaufsrecht bezeichnetes Vorzugsrecht bezüglich einer Ware eingeräumt ist, bei Ausübung dieses Rechts den Preis bewilligen müsse, der der Gegenpartei von dritter Seite angeboten werden würde, also nicht derjenige, der mit dem Dritten ausbedungen werden würde, dann ist die Annahme eines gesetzlichen Vorkaufsrechts ausgeschlossen. Denn die Einräumung eines Vorkaufsrechts ohne die Voraussetzung eines Kaufvertrags zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten erzeugt kein Vorkaufsrecht.

§ 505.

München 7. 4. 14, OLG. 33, 287. § 505 Abs. 2 regelt lediglich das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten; er bestimmt ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten infolge Ausübung des Vorkaufsrechts, nicht aber die zwischen dem Dritten und dem Vorkaufsberechtigten als solchen.

Zweiter Titel. Schenkung.

Schrifttum: Hoeniger, Gemischte Verträge.

§ 516.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 13. 11. 16, DJZ. 17, 749, GruchotsBeitr. 61, 308, JW. 17, 103, PosMSchr. 16, 117, R. 17 Nr. 34 (JDR. 15 I 2). Für die Annahme einer Schenkung wird vorausgesetzt, daß beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (**RG.** 72, 191; 74, 141). Das ist nicht der Fall, wenn die Parteien die Zuwendung auch nur subjektiv als Gegenleistung, als Abgeltung für eine vom Versprechensempfänger zu gewährende oder gewährte Leistung, sei es vermögensrechtlicher oder irgendwelcher sonstiger Art (**RG.** 62, 389) ansehen. Die Annahme der Unentgeltlichkeit und damit eine Schenkung auszuschließen, genügt diese subjektive Auffassung auch dann, wenn sie die Auffassung auch nur des einen Teils ist, denn über die Unentgeltlichkeit muß Einverständnis bestehen.

2. **RG.** 21. 4. 17, JW. 17, 710, LeipzZ. 17, 1064, WarnE. 17, 315. Schon das Bewußtsein eines der beiden Teile, daß der versprochenen Leistung eine Verpflichtung rechtlicher oder auch nur sittlicher Art zugrunde liege, hindert das Zustandekommen einer Schenkung (JW. 13, 855; 17, 103).

3. Hamburg 13. 11. 14, OLG. 34, 64. Der Schenkungswille ist nicht mit dem Bewußtsein des Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung gleichbedeutend, sondern setzt den Willen voraus, die Leistung als unentgeltliche zuwenden zu wollen.

4. Dresden 25. 1. 16, SächsOLG. 37, 422. Zum Vorhandensein einer sog. gemischten Schenkung genügt es nicht, daß tatsächlich der Wert der Leistung geringer ist als der der Gegenleistung; vielmehr kommt es auf den Willen der Beteiligten an. Soll nach ihm die eine der beiden Leistungen die Gegenleistung für die andere sein, obwohl die andere weniger wert ist, als sie, so liegt keine Schenkung vor; dagegen ist dies der Fall, wenn die Gegenleistung, soweit ihr Wert den der anderen Leistung übersteigt, unentgeltlich zugewendet sein soll (WarnE. 08, 150).

5. **RG.** 3. 3. 17, WarnE. 17, 169. Verpflichtet sich jemand zu einer Leistung und gegen das Versprechen des anderen Vertragsteils, ebenfalls eine Leistung zu machen, und soll dies die Gegenleistung für die von der ersten Partei übernommene Leistung sein, dann liegt eine Schenkung nicht vor. Ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein Mißverhältnis besteht, ist dafür, ob ein Schenkungsvertrag vorliegt, nicht entscheidend.

6. **RG.** 15. 5. 16, WarnE. 17, 21 (JDR. 15 I 1). Handelt es sich um Leistung und Gegenleistung, dann bietet der Umstand, daß gelegentlich die Leistung eines Teils als Schenkung bezeichnet wird, keine ausreichende Unterlage zu einer die Gegenleistung des anderen Teils unberücksichtigt lassenden Beurteilung der Natur des Rechtsgeschäfts.

7. **RG.** 15. 5. 16, WarnE. 17, 21. Ein Vertrag bleibt ein entgeltlicher auch dann, wenn die Leistung des einen Teils zunächst seinem freien Willen überlassen bleibt, aber für den Fall, daß sie erfolgt, eine Vergütung dafür versprochen wird.

8. Dresden 25. 1. 16, SächsOLG. 37, 422. Für eine urspünglich nach beiderseitiger Absicht unentgeltlich gewährte Leistung kann nachträglich Entgeltlichkeit — eine Gegenleistung — mit rückwärtsgreifender Wirkung vereinbart werden. Geschieht dies, so fehlt es an dem zu einer Schenkung gehörenden Einverständnis darüber, daß die Gegenleistung unentgeltlich erfolge (**RG.** 72, 188; 74, 142; 75, 327, WarnE. 14, 451).

II. Einzelheiten.

1. **RG.** 21. 4. 17, JW. 17, 710, LeipzZ. 17, 1064, WarnE. 17, 315. Das nachträgliche Übereinkommen über die Vergütung bereits geleisteter Dienste ist keine Schenkung, wenn der die Dienste Leistende diese ohne Vergütung nicht hat leisten wollen, und dies auch der Auffassung des Empfängers der Dienste entsprochen hat, indem dieser sich verpflichtet gefühlt hat, den anderen wegen seiner Dienste zu entschädigen (vgl. **RG.** 64, 248; 72, 191).

2. Naumburg 16. 2. 17, NaumburgAK. 17, 32 (JDR. 14 II 1). Der Vertrag, durch den einem aus dem Dienste geschiedenen Angestellten ein Teil der bisherigen Bezüge als Ruhegehalt zugesichert wird, enthält keine unentgeltliche Zuwendung an den Versprechensempfänger. Der Wille der Parteien ist der, daß mit den versprochenen Leistungen die Dienste des Angestellten noch nachträglich eine besondere Vergütung erhalten sollen (vgl. JW. 11, 94). Es handelt sich um eine Erweiterung des ursprünglichen Dienstvertrags durch nachträgliche Erhöhung der Vergütung des Angestellten. Daß diese nachträglich gewährte Gegenleistung in fortlaufenden gleichen Geldleistungen bestehen soll, ist mit dem Begriffe des Dienstvertrags wohl vereinbar (**RG.** 80, 208).

3. Schalhorn, Die Ansprüche des Arbeitnehmers bei Verweigerung zugesagten Erholungsurlaubs, GewuKfmG. 22, 163. Die Zuwendung des Erholungsurlaubs ohne Gehaltskürzung geschieht mit Rücksicht auf längere ersprießliche Dienstleistung oder in Erwartung einer solchen; sie ist also eine Gegenleistung und nicht unentgeltlich. Schenkung liegt nicht vor.

4. BauersZ. 24, 181. Die freiwillige Fortgewährung des ganzen Einkommens an einen Angestellten, der sich im Heeresdienste befindet und deshalb außerstande ist, seine Dienste weiter zu leisten, ist eine Schenkung (vgl. JDR. 15, § 620 II 3).

5. Marienwerder 8. 6. 15, OLG. 34, 87. Das Versprechen einer freiwilligen Vergütung im Falle des Verkaufs eines Ritterguts, das durch Vermittlung des Versprechensempfängers gegen Zahlung einer Provision von diesem gekauft ist, enthält keine Schenkung, wenn dieser dem Erwerber zur Bewirtschaftung des Guts einen hohen Kredit eingeräumt hat, bezüglich dessen er durch Eintragung einer Sicherungshypothek nur zum Teil sichergestellt wurde.

6. **RG.** 26. 4. 17; 90, 178, R. 17 Nr. 1405. Die Übernahme einer Bürgschaft kann eine Schenkung sein. Dies ist sie aber nicht schon dann, wenn der Gläubiger dem Bürgen keine Gegenleistung macht, sondern erst, wenn der Gläubiger dadurch bereichert wird, daß beide Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind.

7. **RG.** 19. 4. 17, BayRpflZ. 17, 322, GruchotsBeitr. 61, 788, JW. 17, 848, R. 17 Nr. 1024. Wenn ein im vorgerückten Alter stehender Verlobter seiner Braut eine Zuwendung macht, damit sie ihren Pflichten zur Gattentreue und zu seiner Pflege nachkomme, dann liegt eine Schenkung vor. Denn hier übernimmt nur der Verlobte eine Leistung, für die es an einer ihn bindenden Rechtspflicht fehlt. Die Braut ist dagegen schon durch das Eheversprechen verpflichtet, ihrem Manne eine treue Gattin und Pflegerin zu sein; ihr Gegenversprechen erschöpft sich daher in der Zusage einer Erfüllung schon bestehender, nicht nur sittlich zwingender, sondern auch rechtlich bedeutsamer Verpflichtungen; sie hat das ihr Gegebene nicht noch mit besonderen Leistungen abzugelten, die ihr nicht schon vor der Zuwendung und vor dem Versprechen der Zuwendung obgelegen hätten. Deshalb stellt die Vereinbarung in ihrem sachlichen Inhalt eine Einigung über eine unentgeltliche Zuwendung des Verlobten an die Braut dar. Der **RG.** 62, 273 entschiedene Fall liegt tatsächlich anders.

8. a) **RG.** 21. 2. 16 — JDR. 15 II 5 — btr. Behandlung eines Mitgiftversprechens als Schenkung, abgedruckt auch: HansGZ. 17 Bbl. 101.

b) **RG.** 9. 2. 17, R. 17 Nr. 593, ZBlFG. 17, 520. Die dem Bräutigam von der Pflegemutter der Braut versprochene Mitgift ist keine Schenkung. Die Zuwendung der Mitgift soll nur erfolgen, weil und damit der Bräutigam die in Aussicht genommene Ehe mit der Braut schließe; die Eheschließung soll die gewollte Gegenleistung bilden, und von einem Einigsein beider Teile über Unentgeltlichkeit der Zuwendung kann keine Rede sein.

9. **RG.** 23. 10. 16, R. 17 Nr. 802. Der Vertrag zwischen dem Vater des Ehemannes und der Ehefrau, wonach jener sich verpflichtet, für Rechnung des Ehemannes die diesem gegenüber der Ehefrau gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, die Ehefrau aber die Verpflichtung übernimmt, den Ehemann wegen seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht insoweit nicht in Anspruch zu nehmen, als der Vater den Unterhalt gewährt, ist ein Vertrag zugunsten des Ehemannes als Dritten. Im Verhältnis zwischen den Vertragschließenden enthält er keine Schenkung, da die Zuwendung an die Ehefrau nach ihrer Absicht keine unentgeltliche ist. Ob etwa eine Schenkung zwischen dem Vater und dem Ehemann vorliegt, ist für die Frage der Anwendbarkeit des § 518 gleichgültig.

10. **RG.** 23. 1. 14, OLG. 34, 64 Anm. Der Vertrag, durch den die Eltern ihrem Sohne Grundstücke mit der Bestimmung überlassen, daß der zu zahlende Restkaufpreis bei pünktlicher Zinszahlung auf den Käufer selbst als Abfindung für sein künftiges Erbrecht an dem Nachlasse beider Eltern übergehen soll, stellt kein Vermächtnis, sondern ein einheitliches Geschäft unter Lebenden, nämlich eine bedingte gemischte Schenkung dar.

11. **RG.** 12. 1. 17, HessRspr. 17, 307. Handelt es sich nicht um gelegentliche kleinere ärztliche Dienste, die ein Neffe seinem reichen Onkel leistet, sondern um eine 15 Jahre lang fortgesetzte Behandlung, zu der der Neffe öfters von auswärts gerufen worden ist, dann geht eine solche Tätigkeit über den Rahmen verwandtschaftlicher Gefälligkeitsdienste weit hinaus, und es ist nicht irrig, wenn bei dieser Sachlage angenommen wird, der Neffe habe von vornherein auf eine Gegenleistung, d. h. auf eine Entlohnung, nicht auf eine geschenkweise Belohnung gerechnet. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, daß der Neffe dem Onkel keine Rechnung gesandt und bei seinem Namen keine Schuldbeträge

in sein Geschäftsbuch eingetragen hat und daß er andere Verwandte unentgeltlich behandelte, ihre Namen aber trotzdem ohne Zusatz einer Schuldsumme in sein Geschäftsbuch eingetragen hat. Deshalb ist die Überweisung einer Aktie durch den Onkel an den Neffen für die ärztliche Behandlung zutreffend nicht als Schenkung, auch nicht als remuneratorische Schenkung angesehen worden.

12. Colmar 24. 1. 16, ElsLothJZ. 17, 17. Wenn jemand der Person, mit der er ein Liebesverhältnis unterhalten hat, bei Lösung desselben eine Abfindungssumme als Schweigegeld verspricht, weil er befürchtet, daß sie aus Ärger darüber Mitteilungen über ihre Beziehungen an seine Braut und deren Angehörige machen könnte, und die Zusage als Schweigegeld für ihn der maßgebende und ausdrücklich ausgesprochene Zweck der Zuwendung ist, dann will er sich mit seiner Leistung eine Gegenleistung: das Schweigen über die früheren Beziehungen erkaufen, und es liegt ein entgeltlicher Vertrag, keine Schenkung vor.

13. **RG.** 3. 4. 17, R. 17 Nr. 1025. Zuwendungen an eine Pensionskasse, die mit der Abrede gemacht sind, daß sie im Falle einer späteren Feststellung von Fehlbeträgen zu deren Deckung zu verwenden sind, ihren Charakter als unentgeltliche Leistungen also dann verlieren sollen, stellen auflösend bedingte Schenkungen dar (vgl. JDR. 15 II 7).

14. **RG.** 17. 4. 17, LeipzZ. 17, 1083, R. 17 Nr. 1810. Die Zuwendung, die einer neu gebildeten Gemeinde von der beklagten Villenkolonie gemacht ist, welcher das für den neuen Gemeindebezirk bestimmte Gelände gehört, ist keine Schenkung, da nach dem Willen der Beteiligten der Gegenwert der Zuwendung in den Vermögensvorteilen bestehen sollte, die die Bildung der neuen Gemeinde der Villenkolonie für die Entwicklung und den Wert ihres Grundbesitzes und bezüglich der Wegeunterhaltungspflicht bot. Daß eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Beschaffung dieser Vorteile nicht begründet wurde, macht die Zuwendung noch nicht zu einer unentgeltlichen.

15. Kiel 16. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 98, SeuffA. 72, 252. In der Zeichnung von Beiträgen zu den der Gemeinde erwachsenden Kosten des Baues einer Straßenbahn liegt zwar seitens der Zeichner eine Freigebigkeit, da diese freiwillig Geld aus ihrem Vermögen herzugeben sich verpflichten, mögen ihre Beweggründe auch eigennützige sein, und eine unentgeltliche Zuwendung, da die von einem Dritten herzustellende Anlage der Bahn nicht als Gegenwert anzusehen ist. Aber die Annahme einer Schenkung ist trotzdem ausgeschlossen, weil eine Bereicherung der Gemeinde nicht herbeigeführt werden soll. Denn diese soll das Geld nicht behalten, um es für ihre Zwecke zu verwenden, sondern die Beiträge sollen einen Teil der Kosten darstellen, die aufzuwenden sind, um die Straßenbaugesellschaft zum Bau der Bahnstrecke zu veranlassen (vgl. **RG.** 62, 386; 71, 140).

§ 518.

1. **RG.** 9. 7. 17, BayRpflZ. 17, 358, JW. 17, 924. Die Nichtigkeit eines der Form des § 518 entbehrenden Schenkungsversprechens kann nur durch wirkliche Erfüllung geheilt werden, nicht schon durch gewisse auf seine Erfüllung abzielende, diese vorbereitenden Verhandlungen des Schuldners. Deshalb wird ein formungültiges Schenkungsversprechen nicht dadurch geheilt, daß der Schenker den Anspruch auf Herausgabe des verschenkten Gegenstandes einem Treuhänder abtritt, der den Gegenstand später dem Beschenkten übergeben soll, sondern nur durch eine von dem Schenker bei Lebzeiten an den Beschenkten gemachte Leistung des zugewendeten Gegenstandes (**RG.** 83, 231).

2. a) Hamburg 2. 10. 17, HansGZ. 17 Hbl. 289. Zur Vollziehung der Schenkung eines Sparkassenguthabens bedarf es der Übergabe des Sparkassenbuchs nicht, da die Abtretung der Forderung gegen die Sparkasse die Übergabe des Buchs zu ihrer Wirksankeit nicht erfordert.

b) Vgl. auch § 398, 9a.

3. Celle 28. 10. 16, LeipzZ. 17, 616. Wenn der Gläubiger einer Forderung den Schuldner anweist, den von ihm geschuldeten Betrag im Wege des Überweisungsverkehrs

einer Bank zukommenzulassen zum Zwecke der Gutschreibung auf das Konto des minderjährigen Kindes des Gläubigers, das dieser als gesetzlicher Vertreter vertritt, dann liegt hierin eine schenkweise Abtretung der Forderung durch den Gläubiger an das Kind; die Schenkung wird durch die Abtretung vollzogen, und damit wird der Formmangel nach § 518 Abs. 2 geheilt.

4. **RG.** 1. 7. 16 — JDR. 15, 5 — btr.: keine Vollziehung der Schenkung durch Bestellung einer Hypothek für die abgetretene Forderung, abgedruckt auch: SeuffA. 72, 221.

5. **RG.** 25. 2. 16 — JDR. 15 § 518 I — btr. Nichtanwendbarkeit des § 518 auf dem Wege der §§ 328ff. gemachte Zuwendungen, die erst mit dem Tode des Verfügenden in Wirksamkeit treten sollen, abgedruckt auch: **RG.** 88, 137, SeuffA. 72, 57, ZBlFG. 17, 520.

6. Über § 518 bei dem Vertrag zugunsten Dritter vgl. § 516 II 9.

7. Klein, Zu § 365, LeipzZ. 17, 954. Der Satz des § 518 Abs. 2 gilt auch für den die Schenkungsschuld abändernden Vertrag. Sobald der Gegenstand geleistet ist, der nach der abgeänderten Schenkungsschuld zu leisten ist, wird durch die Leistung einmal der Schuldabänderungsvertrag wirksam und zweitens die inhaltlich abgeänderte Schenkungsschuld, für die die §§ 523, 524 gelten, erfüllt.

§ 523.

Siehe bei § 365.

§ 525.

Dresden 3. 5. 16, SächsOLG. 38, 122. Übergibt die Mutter ihrer Tochter bei deren Verheiratung ein Sparkassenbuch, damit diese einen kleinen Teil des Geldes zu ihrer Aussteuer verwende, von dem Rest die Hälfte nach dem Tode der Mutter an die Kinder eines verstorbenen Sohnes zahle und der Mutter auf Lebenszeit freie Wohnung und Kost gewähre, dann liegt bezüglich des Rests kein Darlehn, sondern eine Schenkung unter einer Auflage vor.

§ 526.

*Hoeniger, Erörterungen über den Begriff der Auflage (I 253ff.).

Dritter Titel. Miete. Pacht.

§ 535.

I. Allgemeines.

1. a) **RG.** 1. 12. 16, WarnE. 17, 94. Verträge der Stadtgemeinden, welche die entgeltliche Überlassung der Benutzung öffentlicher Straßen zum Straßenbahnbetrieb zum Gegenstand haben, sind Mietverträge (**RG.** 40, 280; 88, 14).

b) **RG.** 11. 11. 16, R. 17 Nr. 36. Ein Vertrag, durch den ein mit Mannschaft ausgerüstetes Schiff dem einen Teil von dem anderen für eine bestimmte Reise zum Gebrauche gegen Vergütung überlassen wird, ist nach den Grundsätzen über die Miete zu beurteilen. Deshalb ist auf ihn auch § 557 anwendbar.

c) **RG.** 23. 3. 17, GruchotsBeitr. 61, 633, LeipzZ. 17, 1134, R. 17 Nr. 1026. Den Vertrag, durch den der Eigentümer einer Dampfdreschmaschine diese unter Stellung des bedienenden Maschinisten einem ländlichen Besitzer gegen Entgelt zur Benutzung überläßt, ist ein Mietvertrag. Bei diesem Mietvertrag besteht der dem Mieter zustehende vertragsmäßige Gebrauch, dessen Inhalt sich immer nach der Beschaffenheit der gemieteten Sache und nach dem Zwecke richtet, darin, daß der Mieter die Maschine nur mittels des ihm vom Vermieter gestellten Maschinisten in Benutzung nehmen darf (vgl. § 545, 1). — Über den Maschinendreschvertrag siehe: JDR. 14 § 611 II 6, 15 § 611 II 6.

d) **RG.** 26. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 928, R. 17 Nr. 1606, 1607. Der Vertrag zwischen einem Gastwirt und einem Musikunternehmer dahin, daß dieser mit seinen Musikern auf eigene Rechnung im Gasthofssaale ein Konzert geben soll, ohne Entgelt an den Gast-

wirt für die Benutzung des Saales und des Podiums und ohne Anteil des Gastwirts an den Eintrittsgeldern, enthält neben dem gesellschaftlichen Zusammenwirken zugleich ein mieteartiges Verhältnis, insofern der Gastwirt dem Musikunternehmer die Benutzung des Podiums überläßt, um es vereinbarungsgemäß zu gebrauchen. Der Gastwirt hat also dem Unternehmer für die Konzertzeit und für einen angemessenen Zeitraum vorher diesen vertragsmäßigen Gebrauch des Podiums und der Zugänge dazu zu gewähren und daher auch für den geeigneten und gefahrlosen Zustand des Podiums und der Zugänge zu sorgen. Die mietweise Überlassung beginnt aber nicht schon dann, wenn der Musikunternehmer einige Stunden vor dem für den Beginn des Konzerts in Aussicht genommenen Zeitpunkt, ohne die Mitwirkung oder doch die Zustimmung des Gastwirts einzuholen, in den unverschlossenen Saal sich begeben hat.

e) KG. 13. 12. 16, KGBl. 17, 30. Der Vertrag, durch den ein Flugplatzunternehmen einen Teil des Tores der Luftschiffhalle und von Flächen der Zuschauertribüne einem anderen gegen Entgelt zur Anbringung von Reklamen zur Verfügung stellt, ist ein Mietvertrag.

f) KG. 9. 3. 14, OLG. 33, 313. Dadurch, daß der Mieter mit Zustimmung des Vermieters vor Abschluß des Mietvertrags die Räume bezieht, entsteht ein Vertragsverhältnis, das den Mieter so lange zur Benutzung befugt, bis das Scheitern des Mietvertrags feststeht.

2. Verpflichtungen aus dem Mietvertrage. a) **RG.** 6. 2. 17, R. 17 Nr. 594. Da auch ohne besondere Erwähnung im Vertrage Flure, Treppen und andere gemeinschaftliche Hausteile, die dem Mieter zwecks Ausübung seines Mietrechts zur Verfügung stehen und von ihm begangen werden müssen, als mitvermietet gelten, erstrecken sich auch auf sie die vertraglichen Verpflichtungen des Vermieters.

b) Hamburg 2. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 160. Der Vermieter hat für die Reinhaltung der allgemeinen Zugänge zu dem Miethause, ihre Bestreuung bei Glatteis, gehörige Beleuchtung und sonstige Verkehrssicherheit Sorge zu tragen, und zwar den Mietern gegenüber als Ausfluß und stillschweigende Bedingung des mit ihnen geschlossenen Mietvertrags.

c) α. KG. 19. 2. 14, OLG. 33, 295. Ist nach dem Mietvertrage die Benutzung des Fahrstuhls dem Mieter zu gewähren, dann steht ihre Benutzung auch denjenigen Personen zu, die den Mieter zu Besuchszwecken oder aus einem sonstigen Grunde aufsuchen, insbesondere auch den Gesangschülern des Mieters. Auch für sie besteht die Beförderungspflicht des Vermieters.

β. Cöln 15. 2. 14, OLG. 33, 306. Ist die Fahrstuhlbenutzung im Mietpreis einbegriffen, dann ist auch der Personenaufzug als Mietsache anzusehen, und die Erhaltungspflicht des Vermieters erstreckt sich auch auf ihn.

d) Hamburg 18. 11. 15, OLG. 33, 296. Der Vermieter muß dulden, daß der Mieter sich auf eigene Kosten elektrischen Strom zur Erleuchtung der Räume zuführen läßt, wenn dies ohne Schädigung und Belästigung des Vermieters geschehen kann.

e) KG. 15. 10. 14, OLG. 33, 299. Die Vertragsbestimmung: „Der Mieter muß sich die vom Vermieter für notwendig und zweckmäßig erachteten baulichen Veränderungen und Ausbesserungen in und am Hause jederzeit, gleichviel, ob sie für ihn störend sind oder nicht, ohne Entschädigung gefallen lassen" gewährt dem Vermieter nicht das Recht, alle ihm zweckmäßig erscheinenden Eingriffe „baulicher Art" in die Mietsache vorzunehmen. Er muß sich stets in den Schranken halten, die sich aus dem Wesen des Mietvertrags als solchen notwendig ergeben, d. h. er darf nur solche Veränderungen vornehmen, die den Mieter in der ihm durch den sonstigen Inhalt des Vertrags gewährleisteten Benutzung nicht dauernd beeinträchtigen. Maßgebend sind dabei die besonderen Umstände des einzelnen Falles, die gleichmäßige Würdigung aller berechtigten Interessen beider Teile, der wirtschaftlichen, der gesundheitlichen, auch der äußeren Erscheinung der Mietsache. Wird danach durch den Eingriff kein berechtigtes Interesse des Mieters verletzt, so wird

auch der Mietvertrag nicht verletzt. Werden die Mietsräume nur unwesentlich verkleinert und wird dadurch kein schutzwürdiges Interesse des Mieters verletzt, so muß sich der Mieter die Veränderung gefallen lassen.

f) Colmar 11. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 99. Der Vermieter einer Gastwirtschaft haftet dafür, daß diese sich in einem den behördlichen Anforderungen entsprechenden Zustande befindet und in diesem erhalten wird. Weiter geht aber seine Haftung nicht. Die Beschaffung der Schankerlaubnis ist rein persönliche Angelegenheit des Wirts; sie ist von ihm nachzusuchen und wird ihm persönlich erteilt.

g) KG. 19. 2. 14, OLG. 33, 295. In einem herrschaftlichen Hause ist der Mieter ohne vorherige Vereinbarung nicht berechtigt, Gesangstunden zu erteilen oder durch ein Familienmitglied erteilen zu lassen. Es ist dies eine Benutzung der Wohnung zu gewerblichen Zwecken, die über das übliche Maß hinausgeht. Eine Verpflichtung zur Duldung der Erteilung des Gesangunterrichts folgt auch nicht aus dem Umstande, daß der Vermieter die Eigenschaft des Mieters als Sänger beim Abschluß des Mietvertrags gekannt hat.

h) Celle 16. 12. 14, OLG. 33, 310. Der Mieter, der einen Teil eines Gebäudes oder ein mit anderweitem Grundbesitz desselben Eigentümers in räumlicher Verbindung stehendes Gebäude oder einen Teil davon mietet, ist durch den Mietvertrag verpflichtet, die Mietsache so zu behandeln, daß dadurch dem anderen Teile des Gebäudes oder dem angrenzenden Grundbesitz kein Schaden erwächst. Greift ein im Mietraum entstandener Brand auf diese anderen Gegenstände über, so hat der Mieter den an ihnen hierdurch entstehenden Schaden unter den gleichen Voraussetzungen zu ersetzen, wie den Schaden an der Mietsache selbst.

i) **RG.** 24. 10. 16, R. 17 Nr. 35 (JDR. 15 II 2). Ist die Lieferung von elektrischem Strom durch den Vermieter an den Mieter, wenn auch ohne Bezugsverpflichtung für diesen, im Mietvertrage vorgesehen und geregelt, dann besteht zwischen der Raummiete und der tatsächlich erfolgten Stromlieferung ein gewollter unlöslicher Zusammenhang derart, daß die Stromlieferung sich als Nebenleistung des Vermieters in das Mietverhältnis als dessen Bestandteil einfügt, und daß deshalb auch die Vergütung für den gelieferten Strom zur Mieterleistung als solcher gehört.

k) Eckstein, Mietrechtfragen zum Kohlensteuergesetz, DJZ. 17, 612. Bei Mietverträgen mit Sammelheizung und Warmwasserlieferung kann der Vermieter den Gesamtmietpreis um die durch die Kohlensteuer (§ 37 Ges. v. 8. 4. 17) verursachte Verteuerung der Gewährung von Heizung und Warmwasser erhöhen. Doch ist der Preiserhöhung der rechtliche Charakter des Mietzinses abzusprechen; es handelt sich vielmehr um eine neben dem Mietzins zu zahlende besondere Vergütung. Hiergegen: Drabert, DJZ. 17, 673: Der Vermieter kann die Kohlensteuer regelmäßig auf den Mieter nicht abwälzen; dies ist nur ausnahmsweise im Falle einer besonderen Preisvereinbarung für die Lieferung möglich.

3. Mitunterschrift des Mietvertrags durch die Ehefrau (JDR. 15 II 4 und oben § 414, 5). a) Celle 30. 3. 15, OLG. 33, 316. Die Bedeutung der Mitunterschrift der Frau unter dem Mietvertrage ist nach den Umständen des Falls und nach dem Zwecke, zu dem sie erfordert und gegeben ist, durch Auslegung festzustellen. Ist im Eingange des Vertrags nur der Ehemann als Mieter aufgeführt, und hat dieser einen Nachtrag zum Vertrage allein unterschrieben, dann rechtfertigt die Tatsache, daß beide Eheleute unter dem Vordrucke „die Mieter" den Vertrag selbst unterschrieben haben, nicht die Annahme, daß auch die Frau als dem Manne gleichstehende Mieterin den Mietvertrag mit abgeschlossen habe und gemäß § 425 gleich dem Mann im Gesamtschuldnerverhältnisse zu dem Vermieter stehe. Die Frau wird nur als Nebenperson betrachtet und in den Vertrag hineingezogen, und das Bestreben des Vermieters geht nur dahin, für seine Forderungen aus dem Vertrage pfandrechtliche Sicherheit auch an den eingebrachten Sachen der Frau und an ihr eine Bürgin oder sonst Mitverpflichtete zu erlangen.

b) Colmar 2. 7. 15, OLG. 33, 317. Hat auch die Ehefrau den Mietvertrag mit-

unterschrieben, ist aber im Eingange lediglich der Ehemann handschriftlich als Mieter aufgeführt und der für den Namen der Frau belassene Raum unausgefüllt geblieben, bezieht sich ein den Fall der Versetzung des Mieters betreffender handschriftlicher Randsatz allein auf den Mann, dann ist nur der Mann für seine Person allein Mieter, während die Frau durch ihre Unterschrift nur dem Vermieter gegenüber die Verpflichtung übernehmen soll, die aus dem Mietverhältnis für ihren Mann hervorgehenden Verpflichtungen in vollem Umfange mitzutragen. Schlimmstenfalls müßte die Miete des Mannes als das Hauptmietverhältnis, die der Frau nur als ein von diesem abhängiges akzessorisches Mietverhältnis gelten, die Frau würde nur Mieterin neben dem Manne sein, insoweit dieser Mieter ist und bleibt, und ihre Miete würde denselben Endigungsgründen, wie die des Mannes, unterliegen.

4. Unmöglichkeit der Leistung. a) **RG.** 20. 2. 17; 89, 203, DJZ. 17, 682, LeipzZ. 17, 862, R. 17 Nr. 580, WarnE. 17, 160. Ist die Vertragsleistung des Vermieters gänzlich unmöglich, dann ist für die Anwendung der §§ 323, 275 trotz der Sondervorschriften der §§ 536 und 538 Raum (vgl. **RG.** 62, 225, 227). Die völlige Unmöglichkeit steht einem unheilbaren Mangel gleich, und ein solcher kann einen Erfüllungsanspruch (§ 536) und, wenn er nachträglich und ohne Schuld des Vermieters eingetreten ist, auch einen Schadensersatzanspruch des Mieters (§ 538) nicht auslösen. Daß die §§ 536, 538 das Fortbestehen des Schuldverhältnisses voraussetzen, schließt deshalb die Anwendung der §§ 323, 275 trotz der vertragaufhebenden Wirkung der Unmöglichkeit nicht aus. Die Rechtsfolge des § 537 stimmt aber in dem Falle, wo die vertragsmäßige Benutzung der Mietsache durch den Mangel aufgehoben wird, mit der Rechtsfolge des § 323 Abs. 1 überein.

b) Posen 7. 4. 17, PosMSchr. 17, 61. Dem Vermieter wird die Heizung der Wohnung nicht dadurch unmöglich, daß eine einzelne Installationsfirma wegen Leutemangels nicht imstande ist, die schadhaft gewordene Heizanlage wieder betriebsfähig zu machen, und daß eine einzelne Kohlenhandlung den erforderlichen Heizstoff nicht liefern kann.

II. Kriegsrecht.

1. Miete. a) **RG.** 24. 4. 17, LeipzZ. 17, 1064, R. 17, 323. Die bloße Möglichkeit der künftigen militärischen Beschlagnahme der vermieteten Wohnung bedeutet für den Vermieter weder eine Zwangslage noch eine höhere Gewalt, die ihn zur Nichterfüllung des abgeschlossenen Mietvertrags berechtigte. Seiner Erfüllung stehen auch keine Schwierigkeiten entgegen, deren Überwindung ihm nicht zugemutet werden könnte. Ohne irgendwelche Schädigung seiner Interessen kann er die weitere Entwicklung der Dinge abwarten. Er hat nur die Pflicht, dem Mieter von der eingetretenen Sachlage Mitteilung zu machen, um diesem die Möglichkeit zu verschaffen, seine Entschließungen danach einzurichten.

b) KG. 22. 5. 17, JW. 17, 774, R. 17, 517. Dem Vermieter, der Zentralheizung und Warmwasserversorgung zu gewähren hat, ist diese Leistung im Winter 1916/17 nicht unmöglich geworden. Mit einem strengen Winter und mit dem Auftreten mehrerer Perioden starker Kälte muß gerechnet werden, ebenso mit durch starke Schneefälle verursachten und den durch den Mangel an Zugtieren während des Kriegs veranlaßten Transportschwierigkeiten. Dagegen muß sich der Vermieter rechtzeitig vorsehen. Ein Lieferungsvertrag mit einer Firma auf ständige Belieferung mit Kohle genügt nicht, eine Unmöglichkeit festzustellen, wenn diese Firma nicht mehr liefern kann.

c) KG. 1. 6. 17, KGBl. 17, 56. Der Vermieter, der die vermieteten Fabrikräume mit Heizung und Dampf zu versorgen hat, dessen Kohlenlager aber nur 500 Zentner Kohlen faßt, muß — auch schon in Friedenszeiten und noch mehr während des zweiten Kriegsjahres — damit rechnen, daß eine nur kurze Zeit dauernde Bezugsmöglichkeit der Kohlen eine Unterbrechung der Wärme- und Dampflieferung zur Folge haben kann, und muß dagegen Vorkehrungen treffen. Wenn er unter solchen Umständen, ohne sich rechtzeitig ausreichende Kohlenvorräte gesichert zu haben, zur ununterbrochenen Lieferung von Heizung und Dampf sich verpflichtet, dann trifft ihn ein Verschulden, und er muß die Folgen

seiner ungenügenden Vorbereitung vertreten. — Diese Entsch. wird GesuR. 17, 399 bekämpft. Namentlich wird gerügt, daß nicht geprüft worden sei, ob es dem Vermieter möglich gewesen sei, einen Raum zu mieten, der die für den ganzen Winter erforderlichen Kohlen zu fassen vermochte, und ob er in der Lage war, die beträchtliche Summe, die die Anschaffung eines derartig großen Vorrats erforderte, aufzubringen.

d) LG. I Berlin 20. 9. 17, JW. 17, 938. In Berlin ist es wegen der Anordnung der Militärbehörden, für Zentralheizungen und Warmwasserversorgungsanlagen nicht mehr als 50% der im Vorjahre verbrauchten Kohlen zu verwenden, dem Vermieter mit Rücksicht auf den hiernach beschränkten verfügbaren Vorrat an Kohlen und seine Pflicht, diesen insbesondere für Heizzwecke im Winter verfügbar zu halten, nicht möglich, dem Mieter täglich Warmwasser zu liefern.

2. Pacht. **RG.** 20. 2. 17; 89, 203, DJZ. 17, 682, GruchotsBeitr. 61, 636, JW. 17, 598, LeipzZ. 17, 862, R. 17 Nr. 580, WarnE. 17, 160. Werden Räume eines Hauses, in denen eine Tanzwirtschaft betrieben wird, nebst dem Wirtschaftsinventar zum Betriebe eines „Ballhauses" verpachtet, so kann ein im Laufe der Vertragszeit erlassenes polizeiliches Tanzverbot die dem Verpächter obliegende Leistung gänzlich unmöglich machen und zur Anwendung der §§ 323, 275 führen. Dies ist dann der Fall, wenn nicht abzusehen ist, wann das Tanzverbot wieder aufgehoben werden, und ob nach der Aufhebung die Gestaltung der allgemeinen wirtschaftlichen Lage es zulassen wird, daß der Pächter den Betrieb der Tanzwirtschaft mit einem Erfolge fortsetzt, der ihm die Erfüllung seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Verpächter ermöglicht, und wenn durch diese Unsicherheit der Verhältnisse die Erreichung des von dem Pächter mit dem Vertrage angestrebten Zwecks so sehr in Frage gestellt wird, daß ihm die Aushaltung des Vertrags nicht anzusinnen ist.

§ 536.

a) **RG.** 20. 3. 17; 90, 65, JW. 17, 711, R. 17 Nr. 803. Der Begriff des „für den vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustandes" wird nicht immer der gleiche sein und im Einzelfalle je nach der Ortssitte, der Größe, dem Zwecke und dem Preise der gemieteten Räume verschiedene Beurteilung erfahren. Jeder Mieter, auch in einer kleinen Dorfwohnung, kann aber fordern, daß durch die vertragsmäßige Benutzung der Hausteile, die er zwecks Ausübung seines Mietrechts betreten muß, sein Körper und seine Gesundheit nicht gefährdet werden. Ortsgebräuche, welche eine die Sicherheit des Mieters in Frage stellende Einrichtung für erlaubt halten, können dem durch § 536 gewährten Rechte keinen Abbruch tun. Sie beruhen auf einer dem gesunden Rechtsgefühl und dem Gesetze widerstreitenden Auffassung der Pflichten eines Vermieters und auf einer mißbräuchlichen Ausnutzung seiner Stellung dem häufig wirtschaftlich schwächeren Mieter gegenüber und sind daher unbeachtlich. — Zustimmend: Opet, JW. 17, 711.

b) Hamburg 13. 7. 14, OLG. 33, 298. Wenn der Vermieter, der nach dem Mietvertrage verpflichtet ist, einen Umbau der Mieträume durch den Mieter auf dessen Kosten zu dulden, die Zustimmung hierzu nicht erteilt oder zwar eine Einwilligungserklärung abgibt, in dem Begleitschreiben aber seinen abweichenden Standpunkt aufrecht erhält und im Prozesse weiterverfolgen will, dann gewährt er dem Mieter nicht den vertragsmäßigen Gebrauch der Mieträume. Der Mieter braucht die erheblichen Kosten des Umbaues nicht aufzuwenden, solange er befürchten muß, daß der Vermieter im Rechtsstreit mit seinem Widerspruch gegen den Bau werde durchdringen können.

c) Vgl. auch § 535 I 2.

§ 537.

I. Allgemeines.

1. Kiel 28. 9. 16 und 1. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 126. Wird nicht das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft der Mietsache zugesichert, sondern die Vornahme von Handlungen versprochen, die diese Eigenschaft erst herstellen sollen, dann finden die Grundsätze der Gewährleistung keine Anwendung.

2. Dörr, Die Haftung des Vermieters für den Fehler der Mietsache, LeipzZ. 17, 947. Sowohl das Recht auf Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses bzw. auf Minderung des Mietzinses, das das Gesetz an die Entstehung eines Fehlers der vermieteten Sache unabhängig von dem Verhalten des Vermieters knüpft, wie das Recht auf Geldersatz (Schadensersatz wegen Nichterfüllung), das im Gesetz als spezifische Rechtsfolge der schuldhaften Verursachung eines Fehlers der Sache durch den Vermieter (§ 538 Abs. 1, zweite Eventualität) auftritt, enthält kein Miete-Sonderrecht. Die beiden Rechtsbehelfe ergeben sich vielmehr aus einer Anwendung allgemeiner Schuldrechtssätze (der Regel des § 323 und der Normen der §§ 160 Abs. 1 und 249ff.).

3. Miete. a) Hamburg 7. 3. 14, OLG. 33, 300. Ein Mangel der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch mindert, liegt vor, wenn das Fenster der Mietwohnung aus zu dünnem Glase besteht oder so mangelhaft eingesetzt ist, daß es beim Putzen ohne Ausübung eines übermäßigen Drucks zerbrechen muß und zerbrochen ist.

b) Darmstadt 4. 10. 16, HessRspr. 18, 5. Ein Fehler der zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes vermieteten Mietsräume, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche mindert, liegt vor, wenn durch ein polizeiliches Verbot aus Gründen der öffentlichen Sicherheit die Benutzungsmöglichkeit der Räume beschränkt wird, und zwar sowohl, wenn das Verbot durch von Anfang an vorhandene bauliche Mängel, wie auch dann, wenn es durch die Art des Gewerbebetriebs des Mieters in den Mietsräumen veranlaßt wird.

c) Colmar 11. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 99. Die Versagung der Schankerlaubnis kann nur dann als ein Fehler eines vermieteten Wirtschaftsanwesens betrachtet werden, wenn die behördliche Entscheidung in irgendwelchen Beziehungen zu der Sache selbst steht, oder wenn die Vertragsparteien die Erteilung der Erlaubnis zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Mietvertrags gemacht haben (**RG.** 79, 95, OLG. 16, 417; 21, 199).

d) München 18. 10. 13, OLG. 33, 306 Anm. Die Konzession eines Singspiel- und Theaterunternehmens hat nicht die rechtliche Natur einer Sacheigenschaft. Denn sie ist nicht mit dem Anwesen, in welchem der Betrieb vor sich geht, verbunden, sondern ein ganz persönliches Element.

e) Nehmer, Heizungsmängel und Mieteminderung, DJZ. 17, 675. Ist der Mietzins nur für einen Teil der Vertragsdauer im voraus bezahlt, dann kann bei dem Eintritt eines Mangels von der Tilgung einer Nichtschuld keine Rede sein, sondern es ist eine betagte Verbindlichkeit teilweise vorzeitig erfüllt. Der Mieter erhebt daher keinen Bereicherungsanspruch und macht keine Aufrechnung geltend, wenn er wegen eines im ersten Vierteljahr eingetretenen Mangels einen Abzug bei der Vorauszahlung für das zweite Vierteljahr macht, sondern er behauptet, daß er bei der früheren Mietzahlung mehr gezahlt habe, als er verpflichtet war, und daß durch diese frühere Überzahlung ein Teil des nunmehr fälligen Mietzinses getilgt sei. Im übrigen werden Grundsätze über die Berechnung der Tauglichkeitsminderung im Falle der Versagung der Sammelheizung aufgestellt.

4. Pacht. a) **RG.** 20. 4. 17, LeipzZ. 17, 1066, R. 17 Nr. 1027. Darin, daß der einen Teil des verpachteten Gastwirtschaftsgrundstücks bildende See nahezu verschwunden ist und dadurch die Anziehungskraft für das Publikum verloren hat, ist das Hervortreten eines Mangels zu erblicken, der die Tauglichkeit des Pachtgrundstücks zu dem vertragsmäßigen Gebrauche mindert. Zu den Eigenschaften des Grundstücks, die zur Zeit des Vertragsschlusses noch vorhanden waren und dessen Nutzbarkeit für die Zwecke des Betriebs einer Gastwirtschaft erhöhten, gehörte die durch das Vorhandensein der Wasserfläche bedingte Annehmlichkeit der Lage. Ob der vertragsmäßige Gebrauch des Pachtgrundstücks durch den Wegfall des landschaftlichen Reizes erheblich beeinträchtigt wird, ist nach § 537 ohne Bedeutung.

b) Colmar 16. 3. 17, ElsLothJZ. 17, 170. Die Tauglichkeit der gepachteten Gast-

räume, welche die Pachtsache sind, zum vertragsmäßigen Gebrauch als Schankwirtschaft wird dadurch nicht gemindert, daß der Verpächter das Bier, das er in einem mit dem Pachtvertrage eine Einheit bildenden Bierlieferungsvertrage zu liefern sich verpflichtet hat, nur teilweise zu liefern imstande ist.

c) Kiel 4. 10. 17, SchlHolstAnz. 17, 262. Der Verpächter der Jagd haftet nicht für eine bestimmte Ergiebigkeit, sondern nur für die Möglichkeit unbehinderter Ausübung der Jagd auf jagdbare Tiere. An dieser Ausübungsmöglichkeit fehlt es nicht, und es liegt deshalb auch kein Fehler des Pachtgegenstands vor, wenn ein bei Eingehung des Pachtvertrags bestehendes polizeiliches Verbot, ohne Genehmigung des Jagdberechtigten auf fremden Grundstücken wilde Kaninchen zu fangen, im Laufe der Pachtzeit aufgehoben wird.

II. Kriegsrecht.

1. Miete. a) **RG.** 23. 10. 17, R. 17 Nr. 1982. Gehört zu den zum Betriebe einer Gastwirtschaft gemieteten Räumen ein Saal, von dem es in dem Vertrage heißt, daß er dem Mieter für Vereine und Festlichkeiten zur Verfügung stehe, dann liegt der Tatbestand des § 537 nicht vor, wenn ein polizeiliches Verbot von Tanzfestlichkeiten und der Überlassung des Saals an Vereine ergeht. Der **RG.** 87, 277 entschiedene Fall, in dem es sich um einen Pachtvertrag handelt, liegt anders (vgl. 2c).

b) KG. 13. 12. 16, KGBl. 17, 30, LeipzZ. 17, 691, R. 17, 268. Ist bei der Vermietung von Flächen einer auf einem Flugplatze befindlichen Halle und Tribüne zu Reklamezwecken die Eigenschaft des Flugplatzes als Platz für öffentliche Schaustellungen von erheblicher Bedeutung gewesen, hat namentlich der Vermieter hierauf als einen die Wirkung der Reklame fördernden Umstand bei den Verhandlungen besonders hingewiesen, dann handelt es sich bei der Lage der Reklameflächen in der Nähe des für die Zuschauer bestimmten Raumes des Flugplatzes um eine zugesicherte Eigenschaft der vermieteten Flächen. Diese Eigenschaft fällt weg, wenn der Vermieter infolge des Kriegs zwar den Betrieb des Flugplatzes nicht völlig aufgibt, aber die Schaustellungen aufhebt und den Zuschauern den Zutritt versagt.

c) Colmar 10. 7. 17, ElsLothJZ. 17, 330. Durch ein kriegsrechtliches Spielverbot wird der Mieter eines Theatersaals von der Zahlung der Miete befreit, wenn das Verbot seinen Grund nicht in der Person des Mieters, sondern in der örtlichen Lage des Mietraums hat.

d) Volkmar, Die Zentralheizung im kommenden Winter vom rechtlichen Standpunkte aus, DJZ. 17, 782 erörtert im Anschluß an KG. 1. 6. 17 (II 1c zu § 535), wie unter Zugrundelegung der vom KG. aufgestellten Richtlinien die Stellung der Mieter in Wohnungen mit Sammelheizung, insbesondere in Berlin, zu beurteilen ist. Dem Mieter steht, wenn der Vermieter nach Verbrauch des ihm verordnungsgemäß gestatteten Heizmaterials nicht mehr die vertragsmäßige Wärme gewährt, der Minderungsanspruch nach § 537 zu, auch wenn es sich nur um eine geringe Minderwärme handelt; auch ist er zur fristlosen Kündigung nach § 542 berechtigt, und zwar selbst dann, wenn Minderung und Schadensersatz auf den Fall mangelhafter oder nicht erfolgter Wärmelieferung vertraglich ausgeschlossen sind.

2. Pacht. a) Colmar 15. 12. 16, ElsLothJZ. 17, 85. Die Tauglichkeit eines in einer Festung, an einem der Hauptreisewege nach der Schweiz, Südfrankreich und Italien gelegenen, vorwiegend auf den Besuch von Erholungs- und Vergnügungsreisenden aus Deutschland und den übrigen nördlichen Staaten nach Süden angewiesenen Gasthofs zu dem vertragsmäßigen Gebrauch wird nicht dadurch gemindert, daß infolge des Kriegs dieser Reiseverkehr so gut wie gänzlich aufgehört hat, und der Besuch der Festung durch strenge militärische Kontrollmaßregeln sehr erschwert und eingeschränkt wird. Diese Umstände berühren nicht den Pachtgegenstand selbst, sondern nur den tatsächlichen Umfang des aus dem Gasthofsbetrieb zu erzielenden Gewinns, nur die Früchte. Eine Minderung des Pachtzinses nach § 537 kann deshalb nicht verlangt werden. Es fehlt auch sonst jegliche

gesetzliche Grundlegung, zur Milderung der Lage des Pächters einen Ausgleich zwischen ihm und dem Verpächter in dieser Richtung zu schaffen.

b) **RG.** 3. 7. 17; 90, 374, JW. 17, 968, R. 17 Nr. 1608. Dadurch, daß der Verbrauch einer Bierwirtschaft durch ein teilweises Bierzeugungsverbot herabgesetzt wird, wird diese der Eigenschaft als Bierwirtschaft nicht beraubt; ihr Charakter als solcher ändert sich nicht, nur ihr Betriebsumfang. Der Verpächter kann daher trotz des Verbots noch die in der Beschaffung eines Bierlokals bestehende vertragsmäßige Nutzung gewähren, und der Pächter hat kein Recht auf Minderung des Pachtzinses. Die Grundsätze des RG. (87, 277; 88, 96, JW. 17, 598) gelten hier nicht.

c) **RG.** 20. 2. 17; 89, 203, DJZ. 17, 682, GruchotsBeitr. 61, 636, JW. 17, 598, LeipzZ. 17, 862, R. 17 Nr. 595, WarnE. 17, 160 (JDR. 15 II 1). Ein Tanzverbot, das Räume eines Hauses betrifft, welche nebst dem Inventar einer darin betrieben gewesenen Tanzwirtschaft zum Betriebe eines Ballhauses verpachtet sind, trifft dadurch, daß es die Ausnutzung der Eigenschaft der Räume als einer Tanzwirtschaft verhindert, den Pachtgegenstand selbst und verursacht deshalb einen Mangel i. S. des § 537 (**RG.** 87, 277). — Zustimmend: Plum, JW. 17, 598.

d) Colmar 13. 11. 16, DJZ. 17, 250, ElsLothJZ. 17, 81, R. 17, 121 (JDR. 15 II 2b). Bei einem durch die zuständigen Behörden erlassenen allgemeinen Verbot der Jagdausübung ist der Jagdpächter gemäß §§ 537, 323 für die Dauer der Geltung des Verbots von der Entrichtung des Jagdzinses befreit. Dasselbe gilt, wenn eine Anordnung erlassen wird, die darauf hinauskommt, daß der Jagdberechtigte unter Ausschluß jeden weiteren Rechts nur die Befugnis hat, falls er genügend zuverlässig erscheint, an den von der militärischen oder bürgerlichen Behörde angeordneten, lediglich im allgemeinen Interesse erfolgenden Treibjagden teilzunehmen, und daß er, falls die Treibjagd militärisch angeordnet ist, nicht einmal ein Recht auf das erlegte Wild oder dessen Wert hat; eine solche Einschränkung des Jagdrechts steht einem allgemeinen Verbot der Jagdausübung gleich (vgl. auch § 552).

III. Siehe auch §§ 542, 544, 552.

§ 538.

1. Hamburg 6. 10. 15, OLG. 33, 294. Der Vermieter einer Schute hat für den durch ihr Leckspringen dem Mieter entstandenen Schaden aufzukommen, wenn es auf einen beim Vertragsschluß vorhandenen Mangel der Schute zurückzuführen ist.

2. Cöln 15. 2. 14, OLG. 33, 306. Der Mieter ist im Falle des Verzugs des Vermieters berechtigt, die Mängel des mitvermieteten Fahrstuhls selbst zu beseitigen. Die Vertragsbestimmung, daß die Mieter „bauliche Veränderungen" ohne schriftliche Einwilligung des Vermieters nicht vornehmen dürfen, steht nicht entgegen; sie trifft nur solche Maßnahmen, durch die die Mietsache in einen anderen baulichen Zustand, als zur Zeit der Vermietung, gebracht wird.

3. a) **RG.** 6. 2. 17; 89, 384, LeipzZ. 17, 1051. Wenn der Mieter, nachdem er wiederholt die Instandsetzung der mangelhaften Treppe von dem Vermieter verlangt und zugesagt erhalten hatte, sich schließlich dabei beruhigt, daß die Erledigung bis zum Frühjahr verschoben werden müsse, so kann darin nichts weiter gefunden werden, als daß er sich der durch das Verhalten des Vermieters hervorgerufenen Sachlage fügt und von Verfolgung seiner Rechte einstweilen absieht. Nicht aber liegt darin, daß er den Zustand der Treppe einstweilen als vertragsmäßig gelten lassen und insoweit auf Ansprüche aus dem Vertrage verzichten will — § 539 ist hier nicht anwendbar —. Ebensowenig kann von einer Übernahme der Gefahr durch den Mieter gesprochen werden.

b) **RG.** 20. 3. 17; 90, 65, LeipzZ. 17, 1051. Die Unterlassung eines Widerspruchs gegen die Hinausschiebung der Änderung der als gefährlich bezeichneten Treppe kann nicht als ein einstweiliger Verzicht des Mieters auf seine aus der ordnungswidrigen Beschaffenheit

der Treppe sich ergebenden Vertragsrechte aufgefaßt werden. Sie läßt sich auch aus dem Gesichtspunkte des Handelns auf eigene Gefahr gegen den Mieter nicht verwerten.

§ 539.

Darmstadt 4. 10. 16, HessRspr. 18, 5. Der Mieter, der Räume zum Betriebe eines Warenhauses mietet, und dem die Vorschriften über den Bau und Betrieb von Warenhäusern bekannt sind, kennt auch den Mangel der Mietsräume, der darin besteht, daß auf Grund dieser Bestimmungen die Dach- und Kellerräume nicht zu Lagerzwecken ausgenutzt werden dürfen. Damit, daß diese Bestimmungen von der Polizei in ihrer ganzen Strenge zur Anwendung gebracht werden können, muß der Mieter rechnen, und er darf sich nicht darauf verlassen, daß die Polizei seinen Geschäftsbetrieb deshalb dulden werde, weil ein ähnlicher Betrieb seines Geschäftsvorgängers von ihr nicht beanstandet worden ist.

§ 540.

Dresden 26. 6. 14, OLG. 33, 301. Arglist i. S. des § 540 setzt voraus, daß der Vermieter den Mangel verschwiegen hat in der Absicht, den Mieter zu täuschen; sie wird regelmäßig nicht vorliegen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bezüglich dessen der Vermieter annahm oder nach Lage des Falls annehmen durfte, daß er auch dem Mieter bekannt sei (Staudinger, § 540, 1).

§ 541.

Hamburg 21. 3. 14, OLG. 34, 32. Zur Entziehung des Mietgebrauchs ist ein tatsächliches Eingreifen des berechtigten Dritten nicht unbedingt erforderlich; vielmehr genügt es, wenn dieser sein Recht mündlich geltend macht, und der Mieter daraufhin den Gebrauch unterläßt. Insbesondere liegt darin, daß ein Dritter unter Berufung auf ein ihm nach einem Urteil des RG. an der vermieteten Haustelegraphenanlage zustehendes Patentrecht unter Hinweis auf zivil- und strafrechtliche Verfolgung vor „Benutzung von Nachahmungen" warnt, eine Gebrauchshinderung, die i. S. des § 541 beachtlich ist, wenn der Vermieter es an einer genügenden Aufklärung des Mieters fehlen läßt. Ein bloßes Bestreiten des Rechts des Dritten durch den Vermieter und die Zusicherung der Haftungsübernahme durch diesen reichen nicht aus, sondern der Vermieter muß den Mieter mindestens in den Stand setzen, sich durch Prüfung der Sachlage ein sicheres Bild zu schaffen.

§ 542.

1. **RG.** 14. 11. 16, LeipzZ. 17, 189. Das Kündigungsrecht des Mieters aus § 542 und sein Recht, die Zahlung des Mietzinses wegen Nichtgewährung des Gebrauchs der Mietsache zu verweigern, setzen gemäß § 242 voraus, daß er nicht seinerseits die nicht rechtzeitige Einräumung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mietsache zu vertreten hat (JW. 11, 359). Hat er sich bei dem Abschlusse des Mietvertrags das Recht vorbehalten, die Einzelheiten der Bauausführung zu bestimmen, dann aber trotz Aufforderung die erforderlichen Anweisungen nicht erteilt, dann kann er nicht deshalb kündigen, weil die Mieträume nicht rechtzeitig hergestellt worden sind.

2. **RG.** 15. 2. 16 — JDR. 16 I 1 — btr. Einfluß der Festsetzung einer Polizeistunde auf die Pacht einer Tanzwirtschaft; abgedruckt auch: **RG.** 88, 97, SeuffA. 72, 83.

3. KG. 12. 10. 17, KGBl. 17, 86. Merkliche Störungen im ruhigen Genusse der Wohnung durch das Auftreten unangenehmer Gerüche berechtigen den Mieter zu einer vorzeitigen Kündigung.

4. München 31. 3. 15, OLG. 33, 303. Ernstliche Belästigungen des Mieters durch Beleidigungen können sich als Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs darstellen.

5. Hamburg 17. 6. 14, OLG. 34, 32. Dem Mieter einer Haustelegraphenanlage wird der vertragsmäßige Gebrauch derselben nicht dadurch entzogen, daß ein Dritter eine Zeitungsanzeige veröffentlicht, an dieser Anlage bestehe eine ihm patentierte Einrichtung. Gebraucht der Mieter die Anlage nicht mehr, weil er auf Grund der Zeitungs-

anzeige Unannehmlichkeiten befürchtet, so beruht die Nichtbenutzung auf seinem freien Willen.

6. a) München 31. 3. 15, OLG. 33, 303. Eine Frist zur Abhilfe ist stets dann zu setzen, wenn nicht von vornherein eine Abhilfe unmöglich oder doch mit solchen Schwierigkeiten und Belästigungen verbunden ist, daß deren Duldung dem Mieter nicht zugemutet werden kann. Ist die Entziehung des Gebrauchs auf eigene Handlungen, z. B. schwere Beleidigungen, des Vermieters zurückzuführen, dann mag die Setzung der Frist unnötig erscheinen. Sind aber Handlungen der Angehörigen oder Erfüllungsgehilfen des Vermieters begangen, dann muß dem Vermieter die Möglichkeit offen gelassen werden, ihren Wirkungen abzuhelfen. Die Bestimmung einer nach Tagen und Stunden bemessenen Frist ist hier nicht angängig. Das Verlangen einer unverzüglichen Abbitte und der Unterlassung weiterer Verletzungen bietet vollkommenen Ersatz (**RG.** 75, 357).

b) Hamburg 24. 4. 14, OLG. 33, 304. Nur die Aufforderung zur Beseitigung bestimmter Mängel innerhalb einer genau bestimmten Frist genügt dem Gesetz. Denn die Fristsetzung hat den Zweck, dem Vermieter den Ernst der Lage klar zu machen, indem sie ihn vor die Frage stellt, ob er durch Beseitigung des vertragswidrigen Zustands dem durch § 542 dem Mieter eingeräumten fristlosen Kündigungsrechte begegnen will. Doch bedarf es der Fristsetzung nicht, wenn der Vermieter von vornherein jede Abhilfe verweigert hatte, und diese Weigerung als eine ernsthafte und endgültige anzusehen war. — Ist an dem Mietgrundstück ein Nießbrauch bestellt, dann genügt es nicht, wenn die Frist zur Abhilfe nur dem Eigentümer und Vermieter gesetzt wird; sie muß jedenfalls auch dem Nießbraucher bestimmt werden.

7. Hamburg 9. 7. 14, OLG. 33, 302. Der Vermieter, der eine möblierte Wohnung mit Beköstigung vermietet hat, sie dem Mieter aber nicht übergibt, weil dieser an einer ansteckenden (venerischen) Krankheit leidet, hat seine Weigerung, den Mieter einziehen zu lassen, an sich nicht zu vertreten und ist daher nicht schadensersatzpflichtig. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Mieter den Vermieter an seinen Arzt verweist und dessen schriftliche Bescheinigung in Aussicht stellt. Mit einer derartigen allgemeinen Beruhigung braucht sich der Vermieter nicht zufrieden zu geben.

8. Siehe auch §§ 537, 552.

§ 544.

KG. 12. 10. 17, KGBl. 17, 86. Gesundheitsgefährlich ist die Wohnung, deren Zustand gegen die allgemeinen wissenschaftlichen, für die gesundheitsgemäße Beschaffenheit von Wohnungen überhaupt maßgebenden Grundsätze erheblich verstößt. Die besonderen Gesundheitsverhältnisse des jeweiligen Mieters sind nicht zu berücksichtigen. — Unter Umständen kann das dauernde Eindringen unerträglicher übler Gerüche in die Wohnung den Tatbestand des § 544 verwirklichen.

§ 545.

1. **RG.** 23. 3. 17, GruchotsBeitr. 61, 633, LeipzZ. 17, 1134, R. 17 Nr. 1026. § 545 leitet die Pflicht des Mieters zur Anzeige der sich im Laufe der Miete zeigenden Mängel der Mietsache aus der dem Mieter im Interesse des Vermieters obliegenden Obhutspflicht ab. Bei einem Mietvertrag, durch den der Eigentümer einer Dreschmaschine diese unter Stellung des Maschinisten einem Dritten zur Benutzung überläßt, kann von einer solchen Obhut des Mieters in Ansehung der technischen, sich möglicherweise durch den Gebrauch ändernden Eigenschaften der Maschine keine Rede sein. Diese Obhut übt der Vermieter selbst durch den von ihm gestellten sachkundigen Wärter. Deshalb besteht eine Pflicht des Mieters zur Anzeige von technischen Mängeln des maschinellen Apparates nicht.

2. **RG.** 22. 2. 17, R. 17 Nr. 1246. Die Anzeigepflicht des Pächters eines Pachthofes erstreckt sich nicht auch auf ein mitverpachtetes Taubenhaus, durch dessen mangelhaften baulichen Zustand dem Verkehr auf dem Pachtgute Gefahr droht. Eine Auslegung des

§ 545 in einem weitergehenden Sinne hat nicht nur den Wortlaut der Vorschrift gegen sich, ondern findet auch in ihrem Zwecke keine ausreichende Stütze.

§ 548.

1. Celle 16. 12. 14, OLG. 33, 309. Ist der Mieter nicht imstande, die Mietsache zurückzugeben, so trifft ihn die Beweislast, daß dies nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstands, also auch nicht auf Verschulden eines Erfüllungsgehilfen zurückzuführen ist (§§ 280, 282).

2. Zweibrücken 2. 12. 13, OLG. 33, 309. Dem Vermieter Entschädigungen dafür zuzusprechen, daß durch Einwirkungen auf die Mietsache (Krankheit, Tod, Mord in den Mieträumen) der Verkaufswert der Mietsache gesunken wäre, besteht keine Veranlassung, selbst wenn man ihm den Ersatz von Auslagen zubilligen will, die er trotz vollständiger Herstellung der Mietsache noch „mit Rücksicht auf die Empfindungen anderer Mietlustiger", „zur Beruhigung weniger sachkundiger Mieter", „zur Verwischung des Eindrucks der Vorbenutzung" gemacht hat.

§ 552.

1. **RG.** 6. 7. 17, R. 17, 408, WarnE. 17, 305 (JDR. 15, 2). Ist durch die Militärbehörde für die Dauer des Kriegs die Ausübung der Jagd durch Ausländer verboten worden, und hat darauf das Polizeiamt zur Vermeidung übermäßigen Zunehmens des Wildes den Abschuß des Wildes durch einen Dritten angeordnet, so liegt in der Ausführung oder Geschehenlassen dieser Maßnahmen durch die Gemeinde, welche die Jagd verpachtet hat, keine Überlassung der Jagdausübung an einen Dritten i. S. des § 552 Satz 3. Sollte aber dies doch anzunehmen sein, so würde diese Überlassung nicht die Ursache dafür sein, daß der Ausländer, der die Jagd gepachtet hat, seinerseits die Jagd nicht ausüben kann, sondern umgekehrt würde die infolge des Verbots eingetretene Unfähigkeit des Ausländers zur Ausübung der Jagd ihrerseits die Anordnung des Abschusses verursacht haben.

2. Colmar 13. 11. 16, ElsLothJZ. 17, 81. Hängt die Erteilung der Erlaubnis zur Jagdausübung und des Waffenscheins nach der Anordnung der Behörde lediglich von den persönlichen Verhältnissen des Jagdpächters ab, z. B., sollen sie nur erteilt werden, wenn ausdrücklich festgestellt wird, daß der Jagdpächter Angehöriger des Deutschen Reichs und in jeder Beziehung zuverlässig ist, und wird auf Grund einer solchen Anordnung dem Jagdpächter die Jagderlaubnis verweigert, dann ist dieser nur durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des Pachtrechts behindert.

§ 554.

1. **RG.** 13. 10. 16, BayRpflZ. 17, 83, JW. 16, 1584, LeipzZ. 17, 43, R. 16 Nr. 2084, SeuffA. 72, 257, WarnE. 17, 63. Dem Vermieter steht die Kündigungsbefugnis nicht zu, wenn der Mieter, ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu verletzen, zur Verweigerung der Zahlung berechtigt zu sein glauben darf, mag auch seine Auffassung, z. B. daß er zur Aufrechnung berechtigt sei, objektiv nicht zutreffen. Denn dann hat der Mieter das Unterlassen der Zahlung nicht zu vertreten und befindet sich deshalb mit der Entrichtung des Mietzinses nicht im Verzuge.

2. **RG.** 13. 10. 16, BayRpflZ. 17, 83, JW. 16, 1584, LeipzZ. 17, 43, R. 16 Nr. 2084, WarnE. 17, 63. Auf das vereinbarte Recht zur Kündigung schon bei einmaliger Unpünktlichkeit in der Zahlung des Mietzinses sind mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im übrigen die Vorschriften anzuwenden, die in § 554 für die gesetzliche Kündigung wegen Nichtzahlung des Mietzinses aufgestellt sind. Die Kündigung setzt also auch hier voraus, daß der Mieter mit der Entrichtung des Mietzinses im Verzuge ist.

3. Braunschweig 8. 5. 14, OLG. 33, 311. Ist vereinbart, daß der Vermieter über den Mietgegenstand anderweitig verfügen könne, wenn der Mieter mit dem Mietzins länger als eine bestimmte Zeit im Rückstand bleibe, so steht dies Recht dem Vermieter auch zu, wenn der Mieter mit einem — nicht unbeträchtlichen — Teile des Mietgeldes im Rückstande ist.

§ 556.

1. Dresden 27. 3. 17, LeipzZ. 17, 940, OLG. 35, 253, SächsRpflA. 17, 389. Zur Rückgabe der Mietsräume in dem Zustande, in dem sie sich bei ordnungsmäßigem Gebrauche befinden müssen, gehört, daß der Mieter Veränderungen, die nicht durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt sind, schon vorher beseitigt hat.

2. Hamburg 28. 6. 17, JW. 17, 979. Die Verpflichtung des Mieters aus § 556 geht dahin, die vermietete Sache in vertragsmäßigem Zustande zurückzugeben. — Hiergegen: Mittelstein, JW. 17, 979.

3. KG. 12. 4. 17, LeipzZ. 17, 1147. Sind die Fußböden, die sich in den Mieträumen befinden, nicht als besondere Sachen, sondern lediglich im Zusammenhange mit den Mieträumen, zu deren Herstellung sie dienten, vermietet worden, dann erwächst dem Mieter nicht neben der Verpflichtung zur Rückgabe der Mieträume noch eine besondere Pflicht zur Rückgabe der Fußböden; vielmehr hat er nur die Verpflichtung, den Mietgegenstand, d. h. die Räume in der Herstellung und Ausstattung, wie er sie erhalten hat, einheitlich wieder zurückzugeben. Hat er dieser Pflicht genügt, dann kann nicht noch ein besonderer vertraglicher Anspruch auf Herausgabe der Fußböden gegen ihn erhoben werden.

4. Hamburg 28. 6. 17, HansGZ. 17 Bbl. 229. Die Verpflichtung zur Rückgabe der vermieteten Räume ist an dem Orte zu erfüllen, an dem sich diese Räume befinden.

5. Kiel 11. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 178. Der Mieter, der die gemietete Sache dem Vermieter nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht in unversehrtem Zustande zurückzugeben vermag, haftet, falls er nicht beweisen kann, daß er den Umstand, der die Verschlechterung hervorgerufen hat, nicht zu vertreten hat, dem Vermieter auf Ersatz des Schadens.

§ 557.

Siehe § 535 I 1b.

§ 559.

KG. 25. 5. 16, JW. 17, 237, OLG. 33, 321. Wenn nach Abschluß des Mietvertrags für eine bestimmte Zeit dem Mieter durch Vereinbarung gestattet wird, die Räume auch ohne Gewährung eines Entgelts schon früher zu beziehen, dann beginnt das Mietverhältnis mit der tatsächlichen Benutzung der Räume und nicht erst zu der im Vertrage vereinbarten Zeit. Deshalb unterliegen die bei der Benutzung eingebrachten Sachen dem Pfandrechte des § 559.

§ 564.

Hamburg 9. 11. 16 und 3. 4. 17, HansGZ. 17, Bbl. 232, SeuffA. 72, 286. Die Frage, ob eine verspätete Kündigung wenigstens auf den nächsten zulässigen Termin zu beziehen ist, oder ob es einer neuerlichen Kündigung bedarf, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Will der Kündigende auf alle Fälle das Vertragsverhältnis lösen und ist dieser Wille dem anderen Vertragsteil auch genügend erkennbar, dann ist die Kündigung ohne weiteres für den nächsten zulässigen Termin wirksam. Dies trifft zu, wenn der Nachlaßverwalter die Kündigung wegen des Todes des Mieters ausspricht und den Vermieter bittet und ermächtigt, die Räume sobald als möglich anderweit zu vermieten.

§ 566.

1. a) KG. 23. 2. 14, OLG. 33, 315. § 566 setzt voraus, daß die Parteien sich über den Vertragsschluß überhaupt, wenn auch nur mündlich, geeinigt haben. Er ist dann nicht anwendbar, wenn die Schriftform verabredet war.

b) Hamburg 28. 4. 15, OLG. 33, 312. Ist schriftliche Beurkundung von vornherein verabredet, so ist nach § 154 Abs. 2 der Vertrag vor der Beurkundung nicht geschlossen, und es ist für die Anwendung des § 566 kein Raum.

c) KG. 9. 3. 14, OLG. 33, 313. In Berlin ist die schriftliche Beurkundung des Mietvertrags (§ 154 Abs. 2) allgemein üblich. In der Übergabe der Wohnung vor der Beurkundung kann ein neues die Vereinbarung der Form aufhebendes Abkommen liegen.

2. Hamburg 20. 6. 14, OLG. 33, 314. In dem besonderen Falle des § 566 kommt § 139 überhaupt nicht zur Anwendung, da diese Bestimmung im Wege der Fiktion eine andere Dauer des Mietvertrags als gewollt unterstellt.

3. **RG.** 5. 5. 17, LeipzZ. 17, 1176, R. 17 Nr. 1609, WarnE. 17, 268. Die gesetzliche Folge des § 566 kann durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden. In der Berufung auf die Formschrift ist ein Verstoß gegen Treu und Glauben regelmäßig nicht zu finden. Doch können besondere Umstände, wie z. B. ein gegen das Gesetz und die guten Sitten verstoßendes Verhalten, eine abweichende Beurteilung rechtfertigen (vgl. WarnE. 08, 33, GruchotsBeitr. 52, 1044).

§ 567.

RG. 13. 12. 16, LeipzZ. 17, 801, R. 17 Nr. 374. § 567 ist auf einen Vertrag entsprechend anzuwenden, durch den ein zum Besitz und zum Fruchtbezuge an einem Grundstücke berechtigendes Schuldverhältnis ohne Entgelt begründet werden soll. Die unbeschränkte Dauer eines solchen Schuldverhältnisses würde in Widerspruch stehen mit dem zwingenden Grundsatze des BGB., daß das Recht auf die Nutzungen eines Grundstücks nicht dauernd von dem Eigentume getrennt bleiben soll (vgl. §§ 1061, 567). Unverbindlich ist ein solcher Vertrag nicht.

§ 568.

Hamburg 14. 7. 17, R. 17 Nr. 1983. Bei fehlender Einigung der Parteien über den Mietzins kommt eine Anwendung des § 568 nicht in Frage. Die Vermutung des § 568 ist deshalb ausgeschlossen, wenn der Vermieter dem Mieter innerhalb der Frist von 2 Wochen erklärt, dieser müsse künftig statt der bisherigen eine höhere Miete zahlen, und wenn der Mieter vor Ablauf der Mietzeit dem Vermieter erklärt hatte, er bleibe nur wohnen, wenn die Miete ermäßigt werde.

§ 569.

1. Darmstadt 12. 7. 16, HessRspr. 18, 82. Der erste zulässige Termin, zu dem auf Grund des § 569 gekündigt werden kann, ist der, für den die Kündigung nach den Umständen rechtlich und tatsächlich möglich ist.

2. **RG.** 19. 6. 17; 90, 328, JW. 17, 849, R. 17 Nr. 1610. Daraus, daß das zwischen mehreren Mietern oder Pächtern mit dem Vermieter oder Verpächter begründete Rechtsverhältnis ein einheitliches ist, seine Lösung nach dem Tode eines der Mieter oder Pächter nur eine einheitliche in dem Sinne sein kann, daß es auch für den überlebenden Mieter oder Pächter beendigt wird, sowie daraus, daß § 569 dem überlebenden Mieter das Kündigungsrecht nicht gewährt, folgt noch nicht, daß eine Kündigung durch die Erben des verstorbenen Mieters oder Pächters unzulässig sei. Es kommt vielmehr darauf an, ob nach dem Inhalt des Vertragsverhältnisses den Erben die Rechtsmacht zusteht, auch mit Wirkung für den Überlebenden die Kündigung zu erklären, und ob sich dieser zu seinen Gunsten oder Ungunsten die Kündigung gefallen lassen muß, auch selbst das Kündigungsrecht gewinnt. Ob eine solche Rechtslage gegeben ist, ist nicht nach allgemeinen Grundsätzen, sondern nach den gesamten Umständen des einzelnen Falls unter Beachtung des dem § 569 zugrunde liegenden Rechtsgedankens, der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses und der Parteiabsichten zu entscheiden, ohne daß eine tatsächliche oder rechtliche Vermutung für die eine oder andere Auffassung Platz greift. Dabei ist zunächst das zwischen den mehreren Mietern oder Pächtern bestehende Rechtsverhältnis zu untersuchen und zu erörtern, ob sich nicht hieraus das Recht der Erben auf die Kündigung mit Wirkung für den anderen Vertragsgenossen ergibt. Weiterhin ist das Pachtverhältnis selbst dahin zu prüfen, ob sich nicht aus dessen Gesamtumständen ein auch gegen den Verpächter wirksames Kündigungsrecht der Erben ergebe. — Zustimmend: Fuchs, JW. 17, 849. Die entspr. Anwendung des § 536 ist zu verneinen.

3. **RG.** 21. 11. 16; 89, 116, JW. 17, 163. Die BRVO. v. 7. 10. 15 (RGBl. 642) ist auf Pachtverhältnisse nicht anzuwenden.

§ 570.

1. GesuR. 17, 59. § 570 enthält eine Sondervorschrift, die streng auszulegen ist. Nur der äußere Umstand der erfolgten Versetzung, der durch eine amtliche Benachrichtigung der zuständigen Behörde, daß er von einem bestimmten Zeitpunkte an an einen anderen Ort zu dauerndem Dienste versetzt werde, dem Vermieter gegenüber nachgewiesen werden kann, kann dem Mieter das außerordentliche Kündigungsrecht geben. Daß der Mieter die Versetzung bestimmt erwartet, oder daß er eine vertrauliche private Nachricht über eine sicher bevorstehende Versetzung erhalten hat, ist nicht ausreichend. Dem Vermieter steht das Recht zu, Einsicht in die Versetzungsanordnung zu verlangen; wird ihm diese ohne stichhaltigen Grund verweigert, dann kann er die Kündigung als nicht geschehen behandeln.

2. Colmar 18. 6. 17, ElsLothJZ. 17, 236. Die Vertragsbestimmung: „Bei Versetzung des Mieters ist als Entschädigung zu zahlen das laufende Vierteljahr sowie weitere 6 Monate; im Falle eines Krieges hingegen zahlt der Mieter bloß den laufenden Monat, in welchem das Regiment ausrückt" bedeutet, daß der Mieter im Falle seiner Versetzung nicht unter Einhaltung der gesetzlichen, sondern nur unter Einhaltung der längeren im Vertrage bestimmten Frist kündigen kann, daß er im Falle eines Kriegs jedoch nur bis Ende des Monats, in dem das Regiment ausrückt, zu kündigen befugt ist. Dem Vermieter ist dadurch das Recht, dem in das Feld ausrückenden Mieter zu kündigen, nicht eingeräumt. — Daß die Kündigung des Mieters nur bis zum Ablauf des Monats erfolgen kann, in dem das Regiment ausrückt, ist aus der Vertragsbestimmung nicht zu entnehmen. Aber der Mieter muß die Kündigungsbefugnis ausüben, sobald es für ihn als Kriegsteilnehmer tunlich ist; er darf warten, bis er seine Lage überblicken kann, und bis er auch Zeit und Gelegenheit findet, einen Entschluß zu fassen und kundzugeben.

§ 571.

1. München 12. 2. 17, R. 17 Nr. 805. Der Übergang der Rechte aus dem Pachtvertrage auf den Erwerber des Pachtgrundstückes erstreckt sich, auch wenn das Eigentum am Wirtschaftsinventar vom Kaufe ausgenommen ist, auch auf die Forderungen aus dem Pachtvertrage wegen Verlust und Beschädigung dieses Inventars; denn diese Forderung wird erst mit der Beendigung des Pachtverhältnisses fällig.

2. Reinhard, ZBlFG. 17, 487. § 571 Abs. 1 ist nicht anwendbar auf einen Vertrag, mittels dessen der Eigentümer eines Grundstücks die Ausübung der Fischerei in den Sächs. Erblanden in einem sein Grundstück durchfließenden, nicht zu den staatlichen Flüssen gehörigen Gewässer verpachtet.

§ 573.

1. München 10. 2. 16, OLG. 33, 318. Unter dem in § 573 erwähnten Eigentumsübergang kann kein anderer verstanden sein, als der in § 571 gemeinte, nämlich die Veräußerung an einen Dritten, der nicht Mieter ist. Erlangt der Mieter das Eigentum an der Mietsache, dann erlischt dadurch der Mietvertrag und damit auch das gegen den früheren Eigentümer ausgebrachte Pfändungspfandrecht an der Mietzinsforderung gegen diesen Mieter.

2. Hamburg 12. 2. 15, OLG. 33, 319. § 573 darf als Ausnahmebestimmung nicht auf andere als die unmittelbar von ihm betroffenen Fälle ausgedehnt werden.

§ 577.

1. KG. 19. 3. 17, LeipzZ. 17, 1011. Die §§ 571ff., insbes. § 577, setzen voraus, daß die Bestellung des Rechts des Dritten — des Nießbrauchs — nach der Gebrauchsüberlassung des Grundstücks an den Mieter stattgefunden hat. Ist bei bereits bestehendem Nießbrauch der Mietvertrag lediglich zwischen dem Eigentümer und dem Mieter geschlossen, dann ist dieser Fall entsprechend demjenigen zu beurteilen, in dem ein Nichteigentümer ein Grundstück vermietet. Ein solcher Vertrag ist wirksam, aber nur unter den Vertragschließenden. Das Recht des Nießbrauchers ergreift auch nicht ohne weiteres den Mietzins. Er kann von dem Mieter nur die Räumung verlangen.

2. Hamburg 12. 2. 15, OLG. 33, 319. Der Nießbraucher tritt nach §§ 571, 577 dergestalt an Stelle des Eigentümers in die Mietverträge ein, daß ihm die Rechte daraus kraft Gesetzes unabhängig von der Rechtsstellung seines Vorgängers, lediglich aus dem Nießbrauche selbst, erwachsen (**RG.** 68, 12). Eine von dem Eigentümer während des Bestehens des Nießbrauchs vorgenommene Abtretung von Mietforderungen ist daher unwirksam, und dasselbe gilt von einer Abtretung für den Fall einer Erledigung des Nießbrauchs, wenn der Nießbrauch infolge der Zwangsversteigerung des Grundstücks erlischt.

3. Celle 28. 6. 15, OLG. 33, 320. Der Nießbraucher ist berechtigt, für die Dauer seines Rechts das Mietverhältnis durch Ermäßigung des Mietzinses zu ändern; über die Dauer des Nießbrauchs wirkt eine solche Ermäßigung nicht. Nach Beendigung des Nießbrauchs tritt der Vermieter wieder in das alte Mietverhältnis ein.

II. Pacht.

§ 581.

1. **RG.** 30. 3. 17, R. 17, 341. Nicht nur ein gewerbliches Unternehmen als Ganzes, sondern auch ein bestimmter einzelner Zweig eines solchen Unternehmens, z. B. das Anzeigengeschäft eines Verlagsunternehmens, kann Gegenstand eines Pachtvertrags sein. Auch daß nicht einmal der ganze einzelne Zweig überlassen ist, schließt die Annahme eines Pachtvertrags nicht aus. Es kommt nur darauf an, ob sich der zur Ausnutzung überlassene Teil des Unternehmens vom Hauptbetrieb als besonderer Gegenstand der Nutzung praktisch trennen und selbständig machen läßt.

2. KG. 31. 3. 17, KGBl. 17, 45. Der Vertrag, durch den jemand an einem ihm zum Bühnenvertrieb übergebenen Theaterstück einem Theaterdirektor eine schuldrechtliche Aufführungslizenz (im Gegensatz zur urheberrechtlichen Aufführungsbefugnis) überträgt, ist nach den Grundsätzen der Pacht zu beurteilen. Der Übertragende hat dafür einzustehen, daß die Aufführung des Stücks dem Theaterdirektor möglich ist. Das ist infolge des Kriegs nicht der Fall, wenn es sich um ein leichtes Unterhaltungsstück eines englischen Schriftstellers von ausgeprägt englischer Eigenart handelt.

3. **RG.** 19. 10. 16, R. 17 Nr. 1576. Die Verpflichtung des Pächters, das auf dem Pachtgut befindliche, zur Bewirtschaftung erforderliche Inventar, insbesondere das auf dem Gute befindliche Vieh, während der ganzen Dauer der Pachtzeit dort zu halten, kann sich auch aus dem Gesamtinhalt des Pachtvertrags bei Berücksichtigung der Zwecke des Vertrags und unter Heranziehung des § 242 ergeben.

4. **RG.** 12. 12. 16, PosMSchr. 16, 119. Die in Gutspachtverträgen übliche Bestimmung, daß der Pächter Stroh nicht veräußern dürfe, ist auf überflüssiges, nach dem jeweiligen Zustande des Pachtguts unverwendbares Stroh nicht zu beziehen.

5. **RG.** 19. 1. 17, JW. 17, 284, LeipzZ. 17, 864, R. 17 Nr. 806. Eine Bestimmung im Pachtvertrage, daß etwaige Einreden vom abtretenden Pächter, wenn er darauf Gegenforderungen gründen will, bei Verlust derselben innerhalb 14 Tagen gerichtlich anhängig gemacht werden müssen, würde in der strengen Auslegung, daß die Versäumung der Frist stets und unter allen Umständen die Geltendmachung von Ansprüchen des Pächters ausschließe, gegen die guten Sitten verstoßen, da bei der Art der aus einem Pachtverhältnisse erwachsenden Ansprüche eine sachgemäße Vorbereitung und Begründung der Klage in der kurzen bestimmten Frist vielfach nicht möglich sein wird, die Fristbemessung auch nur einseitig zuungunsten des Pächters als des wirtschaftlich schwächeren Vertragsteils getroffen sein würde. Sie ist aber dahin zu verstehen, daß in den Fällen, in denen die Innehaltung der vereinbarten Frist nicht wohl angängig ist, eine vom Richter zu bestimmende angemessene Frist tritt, deren Versäumung den Ausschluß des Anspruchs bewirkt.

6. Colmar 16. 3. 17, ElsLothJZ. 17, 170 (vgl. JDR. 14 § 433, 4). Bilden ein Pachtvertrag über eine Gastwirtschaft und ein Bierlieferungsvertrag rechtlich und wirtschaftlich eine Einheit, so können Leistungen und Gegenleistungen nicht derart schroff voneinander getrennt werden, daß Bierlieferung und Bezahlung des Biers einerseits, Gewährung

der Pachträume und Pachtzahlung andererseits sich einzig als Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Vielmehr muß auch zwischen den Verpflichtungen, welche sich aus jedem einzelnen Vertrage ergeben, ein Zusammenhang bestehen. Der Verpflichtung des Pächters zum Bezuge seines Bierbedarfs von der Brauerei muß sein Recht auf Lieferung des nötigen Biers entsprechen; die Brauerei ist verpflichtet, ihm das von ihm angeforderte Bier zu liefern, dessen er zum Betrieb der gepachteten Wirtschaft bedarf. Ihr Gegenanspruch hierfür setzt sich aus dem für das gelieferte Bier bedungenen Preise, sowie aus dem Pachtzinse zusammen. Wird die Bierlieferung in diesem Umfange der Brauerei infolge eines von ihr nicht zu vertretenden Umstandes teilweise unmöglich, dann ist der Pächter grundsätzlich nach § 323 berechtigt, eine Herabsetzung des Pachtzinses zu verlangen. Die Verminderung kann nicht schlechthin im Verhältnis zur Verringerung der Bierlieferung bemessen werden, da der Pachtzins nicht ausschließlich Gegenleistung für die Bierlieferungspflicht ist. Es ist nicht angängig, daß der Pächter ohne jeden Nachweis den Pachtzins in dem Verhältnis mindert, in dem die Möglichkeit der Brauerei, ihm Bier zu liefern, herabgesetzt worden ist. Er hat vielmehr zu beweisen, daß und inwieweit sein Bierbezugsrecht tatsächlich beeinträchtigt worden ist, und dazu bedarf es des Nachweises, daß er mehr, als das ihm gelieferte Bier gebrauchen konnte und auch bestellt hat, daß aber die Brauerei zur weiteren Lieferung nicht imstande war.

7. Zweibrücken 4. 3. 13, OLG. 33, 321 Anm. Die Erklärung, „unter Mitteilhaberschaft und Bürgschaft für die Jagdpacht zu haften" enthält die Angabe, selbst auch Pächter sein zu wollen, nicht nur selbstschuldnerische Bürgschaft zu übernehmen.

8. **RG.** 6. 7. 17, R. 17, 405, WarnE. 17, 305. Es ist unbedenklich, eine Bestimmung in einem Jagdpachtvertrag, die sich auf den Fall des „Jagdunfähigwerdens" des Pächters bezieht, im Wege der ergänzenden Auslegung auch auf den Fall auszudehnen, daß dem Pächter als Ausländer durch ein allgemein gegen alle Ausländer gerichtetes Verbot die Jagdausübung während des Krieges unmöglich wird.

9. **RG.** 19. 10. 16, R. 17 Nr. 1611. Da sich das Pfandrecht des Verpächters auch auf die der Pfändung nach § 811 Nr. 5 ZPO. nicht unterworfenen Sachen erstreckt, darf er ihrer Entfernung von dem Grundstück, abgesehen von den Ausnahmen in § 560 Satz 2, widersprechen und die Fortschaffung nach § 561 ohne Anrufen des Gerichts eigenmächtig verhindern. Der Pächter ist zur Abwendung der Geltendmachung des Pfandrechts auf Sicherheitsleistung nach § 562 angewiesen, und zwar auch dann, wenn er der Meinung ist, das Pfandrecht werde unbillig ausgenützt.

10. Vgl. im übrigen die in Bezug genommenen §§ über die Miete.

Vierter Titel. Leihe.

§ 598.

1. Posen 22. 5. 17, PosMSchr. 17, 63. Der Vertrag über unentgeltliche Vorspannleistung ist kein Leihvertrag, weil der Vorspann Leistende das Gespann dem anderen Teil nicht zum selbständigen Gebrauch überläßt, sondern es zu der erbetenen Hilfeleistung selbst in Tätigkeit setzt. Aus der Natur dieses Vertrags folgt nicht ohne weiteres, daß derjenige, dem die Hilfe unentgeltlich geleistet wird, die Haftung für jede Beschädigung, die dabei das Gespann des anderen erleidet, stillschweigend übernimmt. Auch für den sehr ähnlichen Fall der Leihe ist in § 602 solche allgemeine Haftung für etwaigen auch unverschuldeten Schaden an der gelieferten Sache nicht vorgesehen.

2. Josef, Juristisches von unseren Universitätsbibliotheken, JW. 17, 650. Durch das Einwerfen des Bestellzettels in den Zettelkasten der Bibliothek macht der Besteller der Universität den Antrag auf Eingehung eines Leihvertrags, auf den er sich die Erklärung der Universität am folgenden Tage abholt. Eine Verpflichtung der Universität zur Aufbewahrung und Rückgabe des Bestellzettels besteht nicht.

§ 599.

RG. 1. 2. 17, R. 17 Nr. 596. Eine rechtsähnliche Anwendung des § 599 ist ausgeschlossen, wenn ein Verein seinen Turnplatz einer anderen Vereinigung zu Übungen unentgeltlich zur Verfügung stellt (vgl. § 276 Turnverein).

Fünfter Titel. Darlehn.

§ 607.

1. KG. 23. 2. 15, OLG. 34, 99. Das Darlehn ist ein Realvertrag, kommt durch Geben und Nehmen der dargeliehenen Sache zustande. Die Verpflichtung, das Empfangene zurückzuerstatten, entsteht durch den Empfang des Dargeliehenen. Die Vereinbarung, neben der empfangenen noch eine weitere Summe zurückzuzahlen, steht selbständig neben dem Darlehnsvertrage.

2. **RG.** 14. 12. 16, LeipzZ. 17, 802, PosMSchr. 16, 119. Stellt jemand ein Kapital zur Verwertung eines Patents zur Verfügung, und wird vereinbart, daß er dafür „x% Gewinnanteil aus der Verwertung des Patents, d. h. von seinem hierfür zur Verfügung gestellten Kapital" erhalten soll mit der Maßgabe, daß die Verzinsung des Kapitals halbjährlich mit einer bestimmten Summe zu zahlen sei, dann liegt ein reiner Darlehnsvertrag, nicht ein gesellschaftsähnliches Verhältnis vor, falls der Wille der Vertragschließenden dahin geht, demjenigen, der das Geld hergibt, unabhängig von den Ergebnissen der Patentverwertung eine feste Verzinsung zu gewähren, deren Höhe nur durch den Zweck begründet wird, für den die Hingabe des Darlehns erfolgt.

3. a) Breslau 14. 4. 17, BreslauAK. 17, 36 (JDR. 15, 3). Gläubiger eines bei einer Sparkasse eingezahlten Guthabens wird nicht derjenige, auf dessen Namen das Sparkassenbuch ausgestellt wird, sondern derjenige, der, sei es in eigenem Namen selbst oder in dessen Vertretung ein anderer das Guthaben eingezahlt hat. Es kommt aber hierbei auf die den Umständen zu entnehmende Willensrichtung des Einzahlenden an (**RG.** 73, 220).

b) Dresden 3. 5. 16, SächsOLG. 38, 123. Aus der Tatsache, daß bei einer Sparkasse Geld auf den Namen einer bestimmten Person eingezahlt wird, folgt noch nicht, daß diese Gläubigerin des Sparguthabens ist. Der Sparkasse ist der Name des Einlegers gleichgültig; sie will den Darlehnsvertrag nur mit der Person abschließen, die ihr in Wirklichkeit das Darlehn gibt (**RG.** (Straff.) 43, 17).

4. **RG.** 7. 1. 16, WarnE. 17, 81. Die Auffassung, daß bis zum Gegenbeweis Darlehn anzunehmen sei, wenn bei der Hingabe von Geld nichts geredet werde, und Schenkung nicht in Betracht komme, ist verfehlt, da alle möglichen Rechtsgründe die Unterlage der Hingabe bilden können.

5. Kiel 2. 6. 17, SchlHolAnz. 17, 255. Der Unterschied zwischen Darlehn und Rentenkauf besteht darin, daß bei ersterem der Gläubiger einen Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals hat, das er jederzeit aufkündigen kann, während der Rentenkäufer nur die einzelnen Rentenleistungen fordern kann.

6. Dörstling, Die Rechtsnatur der Darlehen und Vorauszahlungen auf Lebensversicherungsscheine und der dafür erhobenen Vergütung, LeipzZ. 17, 897. Die Policendarlehen, die der Versicherer vereinbarungsgemäß nicht soll zurückfordern, sondern nur auf seine künftige Leistung in Anrechnung soll bringen dürfen, sind keine echten Darlehen. Sie sind rechtlich nichts anderes als Vorschüsse und unterscheiden sich von den als Vorschüsse oder Vorauszahlungen auf die Police bezeichneten Geschäften nicht nur versicherungstechnisch und wirtschaftlich, sondern auch rechtlich in nichts. Der Versicherer zahlt das Policendarlehn, oder wie es sonst heißen mag, aus Mitteln der Prämienreserven als Vorschuß solvendi causa.

7. Siehe auch § 525.

§ 609.

1. **RG.** 12. 12. 16, R. 17 Nr. 189. Die Abrede, daß der Darlehnsgeber das Darlehen jederzeit zurückverlangen könne, kann unter Umständen nicht im Sinne einer Ausschaltung

der gesetzlichen Kündigungsfrist, sondern nur im Sinne eines ihm jederzeit zustehenden Kündigungsrechts verstanden werden.

2. München 3. 10. 14, OLG. 33, 324. a) Die Vereinbarung einer Rückzahlung des Darlehns „nach Belieben des Schuldners, nach Möglichkeit" stellt diese nicht in die völlige Willkür des Schuldners; vielmehr geht der Wille der Parteien nur dahin, daß der Gläubiger auf die derzeitigen Umstände bei dem Schuldner, besonders auf die Möglichkeit der Beschaffung von Zahlungsmitteln, nach Billigkeit Rücksicht zu nehmen habe, daß ihm also die Möglichkeit, den Gläubiger zu befriedigen, nicht entzogen und ihm dazu nach Ermessen des Richters genügende Zeit gelassen werden soll. b) Handelt es sich um ein Freundschaftsdarlehn, zu dessen Hingabe überhaupt oder doch wenigstens ohne Ausbedingung einer festen Zahlungsfrist der Gläubiger durch die gesellschaftliche Stellung des Schuldners, durch die Möglichkeit des täglichen Verkehrs und die damit verbundene Sicherheit bewogen wurde, dann berechtigt der Wegzug des Schuldners den Gläubiger, wegen veränderter Umstände in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners die Rückzahlung des Darlehns unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu verlangen (**RG.** 65, 188).

3. Kiel 2. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 255. Die Kündbarkeit eines Darlehns auf seiten des Gläubigers kann im Vertrage dauernd, das Kündigungsrecht des Schuldners kann dagegen nicht für immer ausgeschlossen werden. Eine Bestimmung, die dem Schuldner die Kündigungsbefugnis für immer nimmt, ist nichtig; die Folge ist nicht die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts, sondern nur die dieses Teils desselben, und es tritt alsdann § 609 ein. Eine entsprechende Anwendung des § 567 ist abzulehnen (vgl. § 138, II 7).

§ 610.

RG. 28. 9. 17, R. 17 Nr. 1984. § 610 gilt nur im Zweifel; seine Anwendbarkeit kann ausdrücklich oder durch stillschweigende Vereinbarung ausgeschlossen werden. Haben die sämtlichen Gesellschafter in ihrem und der Gesellschaft gemeinsamen Interesse durch gemeinschaftlichen Beschluß die Verpflichtung zur Hingabe des Darlehns übernommen zu dem einheitlich verfolgten Zwecke, der Gesellschaft die zum weiteren Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel zu beschaffen, dann soll der Widerruf des Darlehnsversprechens dem einseitigen Entschlusse eines einzelnen Gesellschafters nicht unterliegen.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Schrifttum: Ihrig, Rechtsfragen beim Gruppenakkord, München u. Leipzig 1916. — Josef, Kenntnis des Notars vom Inhalte der Urkunde in ihrer Einwirkung auf die Zulässigkeit der Unterschriftsbeglaubigung, BadNotZ. 16, 81.

§ 611.

I. Allgemeines.

1. Ihrig. Das Dienstvertragsrecht regelt die Angestelltenarbeitsverträge, das Werkvertragsrecht die Arbeitsverträge der Unternehmer. Dem ersteren unterfallen alle Angestelltenarbeitsverträge ohne Unterschied der Grundform, der sie angehören, also sowohl Zeitlohnverträge, als auch Akkorde, was die Einzeluntersuchung aller sonderrechtlich besonders geregelten Angestelltenarbeitsverträge ergibt, aber auch für die nicht sonderrechtlich geregelten gelten muß. Mit dieser Feststellung wird nur das Werkvertragsrecht ausgeschlossen, nicht die Vollständigkeit des Dienstvertragsrechts behauptet; wenn die Regeln der §§ 611ff. nicht ausreichen, muß auf die allgemeinen Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse zurückgegriffen werden (33—39).

2. **RG.** 15. 6. 17; 90, 320, SchlHolstAnz. 17, 211. Im Dienstvertrage kann mit rechtlicher Wirkung vereinbart werden, daß dem Dienstverpflichteten eine außerordentliche Vergütung für außerordentliche Dienstleistungen dann zustehen soll, wenn der Dienstberechtigte sie bewilligt. Steht es dann auch in dem freien Ermessen des Dienstberechtigten,

ob er die außerordentliche Vergütung bewilligen will, so ist er doch, wenn er sie einmal uneingeschränkt bewilligt hat, zu ihrer Zahlung rechtlich verpflichtet.

3. a) KG. 25. 9. 16 — btr. Weihnachtsgratifikation — JDR. 15, I 4b — abgedruckt auch: GewuKfmG. 22, 161.

b) KfmG. Mannheim 5. 9. 17, GewuKfmG. 23, 85. Ein klagbarer Anspruch auf Gratifikation ist nur dann anzuerkennen, wenn entweder die Gratifikation „zugesagt" worden ist oder nach der unzweifelhaften Willensmeinung beider Vertragsteile ein Entgelt für Leistungen über die normale Arbeitszeit hinaus sein soll; dagegen entsteht durch die bloße Tatsache der wiederholten, wenn auch jahrelang lückenlosen Gewährung kein Rechtsanspruch auf sie. Die Zusage einer Gratifikation liegt aber schon dann vor, wenn der Geschäftsherr die Gehaltserhöhungswünsche des Angestellten mit dem Hinweis auf die Gratifikation beschwichtigt; hierin liegt eine Bindung an die Gratifikationszahlung, falls nicht außergewöhnliche Umstände eintreten sollten.

4. Schultz, Die Gewährung freier Station an Angestellte, GewuKfmG. 22, 225, stellt fest, daß die Vereinbarung, freie Station zu gewähren, in der Regel die Leistung freier Kost und freier Wohnung in sich begreift, erörtert, in welcher Weise die Beköstigung zu gewähren ist, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Religion des Angestellten, und was unter „freier Wohnung" zu verstehen ist, auch bei höheren Angestellten. Er geht auf die Fragen btr. den Hausschlüssel und die freie Wäschereinigung ein und behandelt den Verzug des Arbeitgebers und das Kündigungsrecht des Angestellten aus § 626.

5. Über die Ansprüche des Arbeitnehmers bei Verweigerung zugesagten Erholungsurlaubs: Schalhorn, GewuKfmG. 22, 163 (siehe bei § 249).

6. a) Braunschweig 29. 5. 14, OLG. 33, 330. Ein Recht auf Beschäftigung gewährt ein Dienstverhältnis nur ausnahmsweise bei vertraglicher Zusicherung (WarnE. 10, 452, SeuffA. 66, 115, R. 10 Nr. 4073, 12 Nr. 1461). Ob eine solche Zusicherung bei gewissen Dienstverträgen auch als stillschweigend verabredet angesehen werden kann, kann dahingestellt bleiben.

b) Im übrigen siehe unten II 1 und 6b.

7. **RG.** 15. 5. 16, WarnE. 17, 21. Das Versprechen, im Testamente Bestimmungen über die dauernde Versorgung des Dienstverpflichteten zu treffen, wenn dieser bei dem Versprechenden bis zu dessen Tode Pflegedienst verrichte, kann in dem Sinne gemeint sein, daß allgemein die dauernde Versorgung zugesagt wird, und daß die dabei erfolgte Erwähnung einer Bedenkung im Testamente nur eine Nebenabrede über die Art der Erfüllung des Versprechens bildet. Dabei kommt es nicht ausschließlich auf die innere Willensmeinung des Versprechenden an, sondern es ist auch von Bedeutung, ob er sich nicht dem Dienstverpflichteten gegenüber in einer Weise äußert, die diesem begründete Veranlassung gibt, das Versprechen in diesem Sinne aufzufassen. Ist das Versprechen so zu verstehen, dann hat die Nichteinhaltung der Nebenabrede die Folge, daß Erfüllung in anderer Weise verlangt werden kann. Ist die Höhe der Vergütung nicht festgelegt, dann bieten §§ 612, 315, 316 den Weg zur Ausfüllung der Lücke.

8. **RG.** 30. 6. 16, GewuKfmG. 22, 159. Die Vereinbarung, daß der Dienstberechtigte die Dienste des Dienstverpflichteten in Zukunft nicht mehr in Anspruch nehmen, ihm aber das Gehalt weiterzahlen solle, kann nicht in dem Sinne verstanden werden, daß der Dienstverpflichtete die ihm versprochene Vergütung unter Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses weiter erhalten solle, sondern muß als die Zusage einer Entschädigung wegen Aufhebung des Dienstvertrags aufgefaßt werden. Es handelt sich um eine endgültige Auseinandersetzung, bei der der Dienstberechtigte auf die Dienste verzichtet. Der Dienstvertrag findet seine Erledigung, und an seine Stelle tritt ein einseitiges Schuldverhältnis, kraft dessen nur noch der Dienstverpflichtete Ansprüche erheben kann. Für eine Anwendung der §§ 615 Satz 1, 323 ist bei dieser Sachlage kein Raum.

II. Einzelne Vertragsverhältnisse.

1. Vertrag mit dem Arzt.

a) Braunschweig 29. 5. 14, OLG. 33, 330. Der Vertrag zwischen dem Arzt und der Krankenkasse ist ein Dienstvertrag oder doch wenigstens nach dessen Vorschriften entsprechend zu beurteilen. — Bei einem solchen Vertrag ist eine stillschweigende Zusicherung, daß der Arzt ein Recht auf Beschäftigung haben soll, nicht anzunehmen.

b) KG. 14. 11. 16, OLG. 34, 33. Der Vertrag, durch den ein Arzt während des Kriegs die Stelle eines behandelnden Arztes gegen eine bestimmte Vergütung und eine einmalige Ausrüstungsentschädigung übernimmt, wobei eine bestimmte Kündigungsfrist vereinbart wird, ist ein reiner Dienstvertrag.

2. Rechtsverhältnis des Notars.

a) **RG.** 12. 12. 16, JW. 17, 358. Zur amtlichen Tätigkeit des Notars gehört nicht nur die Aufnahme und Beglaubigung von Urkunden. Auch die der Vorbereitung der künftigen notariellen Beurkundung dienende Tätigkeit, die Niederschrift der Abrede der Beteiligten, um sie später in eine notarielle Urkunde zu übernehmen, kann dazu gehören, wenn die Tätigkeit von dem Notar als Notar verlangt und von ihm in dieser Eigenschaft geleistet wird. — Hierzu: Oberneck, JW. 17, 358. Das Entwerfen einer Urkunde ohne Beglaubigung der Unterschrift ist eine Tätigkeit, die keinerlei Amtscharakter trägt; geht also der Auftrag nur auf Fertigung eines Entwurfs, so liegt keine amtliche Tätigkeit vor.

b) **RG.** 19. 10. 17, R. 17 Nr. 1988. Wird der Notar, der einen Grundstückskaufvertrag und im Anschlusse an diesen einen zweiten Kaufvertrag beurkundet hat, durch den der Käufer seine Ansprüche aus dem ersten Vertrage an einen Dritten abtritt, von dem Verkäufer um Auskunft über die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der unmittelbaren Auflassung an den Dritten gebeten, und beantwortet er die Frage, indem er sich der Maßgeblichkeit seiner Antwort bewußt ist, so ist damit ein Vertrag zwischen dem Verkäufer und ihm über eine Ratserteilung zustande gekommen, falls die erteilte Auskunft nicht der notariellen Amtstätigkeit zuzurechnen ist. Der Annahme eines Vertrags steht auch nicht entgegen, daß der Notar keine Gebühr für die Ratserteilung berechnet hat.

c) Sorgfaltspflicht. α. Josef, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, GruchotsBeitr. 61, 177. Der Notar ist nicht schlechthin und in allen Fällen verpflichtet, die der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Protokolls vorausgehenden Amtshandlungen, nämlich die Erkundung des Willens des Beteiligten und dessen Niederschrift, persönlich zu bewirken; er kann sie in einfacheren Fällen durch Dritte vornehmen lassen. Wenn solche Personen durch mangelhafte Erkundung oder Niederschrift des Gewollten oder auch durch arglistiges Verhalten eine Schädigung der Beteiligten herbeiführen, so ist hierfür der Notar nicht auf Grund des § 839 verantwortlich. Denn eine Verletzung der Amtspflicht liegt in jener Verweisung der Beteiligten an den Gehilfen nicht. — Die Frage, ob der Notar in solchem Falle nach § 278 ersatzpflichtig ist, beurteilt sich nach dem Landesrecht.

β. Josef, BadNotZ. 16, 81. Ist dem um die Unterschriftsbeglaubigung angegangenen Notar durch Landesgesetz verboten, von dem Inhalt der Urkunde ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis zu nehmen, so darf er bei dem Fehlen der Zustimmung die Beglaubigung unter keinen Umständen ablehnen, auch wenn er infolge rechtswidrig erfolgter Kenntnisnahme die offenbare Ungültigkeit oder gar Strafbarkeit des Geschäfts einsieht. Die Zustimmung der Beteiligten zur Kenntnisnahme verpflichtet den Notar nicht ohne weiteres, sie auf Mängel der Urkunde aufmerksam zu machen. Wird er dagegen um Rat über den Inhalt der Urkunde ersucht und kommt er diesem Rat nach, dann ist er auf Grund des stillschweigen den Vertrags über unentgeltliche Gewährung eines Rats für jede schuldhafte Belehrung nach § 276 seinem Vertragsgenossen ersatzpflichtig. Ersieht er aus der Urkunde, daß der in ihr enthaltenen Erklärung die Eigenschaft einer rechtsgeschäftlichen abgehe, die Erklärung sich nur scheinbar als rechtsgeschäftliche darstelle, während sie offenbar ungültig oder gar strafbar ist, dann hat er die Beglaubigung ab-

zulehnen. Bewirkt er trotzdem die Beglaubigung, so ist er jedem durch die Vornahme dieser Amtshandlung Geschädigten ersatzpflichtig.

γ. Hamburg 7. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 89, R. 17 Nr. 407, ZBlFG. 17, 521. Der einen Vertrag beurkundende Notar ist zwar nicht in dem Sinne Rechtsbeistand der Parteien, daß er den Inhalt des ihm vorgelegten Vertragsentwurfs auf seine innere Billigkeit und wirtschaftliche Zweckmäßigkeit zu prüfen hätte. Aber die Würde und Bedeutung seines Amtes, das der Rechtssicherheit dient, verbieten ihm, einem Vertrage, dem offensichtlich das Gesetz die rechtliche Anerkennung verweigert, durch formelle Beurkundung eine Scheinexistenz zu gewähren. Ebensowenig wie einen erkennbar unsittlichen Vertrag darf er einen Vertrag beurkunden, der offenbar gegen sonstige unbedingt bindende Vorschriften des Gesetzes verstößt. Bei dieser Abmessung seiner Pflichten wird unterstellt, daß ihm die erforderliche Rechtskenntnis innewohnt; soweit sie ihm fehlt, hat er sie sich für den einzelnen Fall anzueignen.

δ. Dresden 14. 6. 15, BauersZ. 24, 102, SächsOLG. 37, 402. Der Notar, der nach dem ihm erteilten Auftrage verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß der Wille des Auftraggebers in rechtswirksamer und dem Zwecke entsprechender Form erklärt werde, hat nach Sächs. Recht Zweifel an der Gültigkeit der Erklärung dem Auftraggeber mitzuteilen und auf deren Beseitigung hinzuwirken. Er ist daher verpflichtet, von dem Inhalte der ihm vorgelegten Urkunde Kenntnis zu nehmen. Erkennt er dabei, daß die von ihm verlangte Beglaubigung der Unterschrift nicht genügt, sondern daß es der notariellen Beurkundung bedarf, dann hat er den Auftraggeber auf diese Notwendigkeit hinzuweisen. Wird er nur als Urkundsperson in Anspruch genommen, dann beschränkt sich sein Auftrag auf die Beurkundung der Erklärung des Auftraggebers und erreicht mit dieser sein Ende. Zu einer weiteren Belehrung ist er dann nicht verpflichtet (WarnE. 09, 195; 11, 257; 13, 241, LeipzZ. 11, 468, JW. 15, 513), insbesondere nicht darüber, daß zur Wirksamkeit der von dem Auftraggeber erklärten Abtretung auch noch die Annahme dieser Erklärung in einer bestimmten Form erforderlich sei.

ε. **RG.** 12. 12. 16, BayNotZ. 54, 197, BayRpflZ. 17, 188, JW. 17, 358, R. 17 Nr. 206, ZBlFG. 17, 495, 521. Der Notar muß den Willen der Beteiligten genau erforschen und deutlich in der not. Urkunde zum Ausdruck bringen. Ist Verzicht auf das Recht der Kündigung einer Hypothek vereinbart, so darf er von einer Aufnahme einer ausdrücklichen Erklärung des Verzichts in der Urkunde nicht absehen und sich nicht mit der Aufnahme der Vereinbarung regelmäßiger Abzahlungen begnügen, und zwar um so weniger, wenn der Gläubiger bisher einen Verzicht auf das Kündigungsrecht verweigert hat und auch bei der Unterzeichnung der Urkunde eine ausdrückliche Verzichtserklärung nicht abgibt.

ζ. **RG.** 5. 12. 16, BayNotZ. 54, 149, BayRpflZ. 17, 120, LeipzZ. 17, 742, R. 17 Nr. 54, ZBlFG. 17, 496. Hat der Notar bei der Beurkundung eines Kaufvertrags Kenntnis davon, daß der Käufer für das Restkaufgeld auch auf ihm bereits gehörigen Grundstücken Hypothek bestellen soll, so ist er verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Eigenschaft der mehreren zur Sicherheit für dieselbe Forderung bestimmten Hypotheken als Gesamthypotheken bei der Eintragung in das Grundbuch zum Ausdruck gebracht wird. Ist es nicht angängig, die Verpfändung aller zur Mithaft bestimmten Grundstücke in einer Urkunde auszusprechen, dann muß er in dem Kaufvertrage erwähnen, daß die Bestellung noch anderer Hypotheken für die Kaufgeldforderung in Aussicht genommen sei. Nur so ist sofort in wirksamer Weise dafür gesorgt, daß bei der Auflassung und der Eintragung der Hypothek auf dem Kaufgrundstück die anderen für die Forderung haftenden Hypotheken nicht vergessen werden, und ihre Eigenschaft als Gesamthypotheken grundbuchmäßig klargestellt wird. Die Aufforderung an den Käufer, er solle bei der Auflassung dem Grundbuchrichter von der bereits erfolgten Verpfändung seiner alten Grundstücke für das Restkaufgeld Mitteilung machen und den Verkäufer veranlassen, den ihm bereits ausgehändigten Hypothekenbrief mitzubringen, ist nicht ausreichend.

η. München 1. 7. 14, OLG. 34, 134 Anm. Der bayerische Notar hat im Falle

der Veräußerung eines Trennstücks unter Vorbehalt nachträglicher Vermessung und Auflassung die Vormerkung des § 883 in die Verkaufsurkunde aufzunehmen, wenn der Kaufpreis fast vollständig sofort bezahlt wird, und es sich um einen alsbald zu bebauenden Grundstücksteil handelt, dessen Nutzungen und Lasten sofort übergehen sollen.

ϑ. Kreß, Haftung des Notars für verspätete Vorlegung einer Urkunde an das Grundbuchamt, BayNotZ. 54, 281. Der Notar hat nur die berechtigten Interessen der Beteiligten wahrzunehmen. Die Partei hat zwar ein Recht darauf, daß der Notar bei der Beurkundung eines Geschäfts unter den zur Verfügung stehenden Rechtsformen die wenigst kostspielige wähle, aber sie hat kein Recht darauf, daß der Notar die Vorlegung einer an sich keineswegs dringlichen Urkunde lediglich aus dem Grunde beschleunige, damit sie um die Zahlung einer Steuer herumkomme. — Dem bayerischen Notar kann daraus, daß er die von ihm aufgenommene Urkunde dem Grundbuchamt nicht eher vorlegt, als bis die Unstimmigkeit zwischen dem Kataster und dem Grundbuch beseitigt ist, kein Vorwurf gemacht werden. Bei dem vom BayObLG. am 27. 3. 16 entschiedenen Falle — JDR. 15 II 2b ν — ist, wie im Gegensatz zu der Ansicht dieses Gerichts anzunehmen ist, eine verspätete Vorlegung der Urkunde und gar eine schuldhaft verzögerte Vorlegung zu verneinen.

ι. Hamburg 21. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 53, OLG. 34, 179, SeuffA. 72, 92, ZBlFG. 17, 521. Der Notar, der einen Kaufvertrag über bewegliche Gegenstände zwischen im gesetzlichen Güterrechte lebenden Eheleuten beurkundet, hat diese darüber zu belehren, daß es streitig ist, in welcher Weise eine Eigentumsübertragung unter Ehegatten vorgenommen werden muß, und ihnen darzulegen, daß es für sie unter allen Umständen sicherer ist, den Weg der Gütertrennung zu wählen (JW. 09, 217; 11, 546, 948; 14, 78, 1078).

κ. Hamburg 7. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 89, R. 17 Nr. 407, ZBlFG. 17, 521. Bei der Beurkundung eines Vertrags über die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils an einer GmbH. hat der Notar zu prüfen, ob die nach § 17 Abs. 1 GmbHG. erforderliche Genehmigung der GmbH. vorliegt, insbesondere dann, wenn die Genehmigung in einem vor einiger Zeit von ihm selbst vollzogenen und deshalb in seinem amtlichen Gewahrsam befindlichen Vertrage erteilt sein soll. Dieser Prüfung wird er nicht deshalb enthoben, weil der Vertragsentwurf von seinem mit dem Abschlusse beauftragten Bürovorsteher entgegengenommen ist; es ist seine Sache, dessen Tätigkeit sorgfältig zu überwachen. Entbehrt die vorliegende Genehmigung der GmbH. dem § 17 Abs. 2 zuwider der erforderlichen persönlichen und sachlichen Bestimmtheit, dann hat er darauf hinzuweisen.

λ. **RG.** 20. 3. 17, JW. 17, 600, LeipzZ. 17, 973, WarnE. 17, 209. Enthält die von dem Notar aufgenommene Urkunde nur die Verpflichtung der einen Partei, das Gut der anderen, falls es bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht verkauft ist, als Selbstkäuferin zu übernehmen, und die Erklärung der unwiderruflichen Verkaufsermächtigung an jene durch die andere Partei, während deren Verpflichtung, es käuflich zu überlassen, in der Urkunde nicht zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, wenn auch wohl im Wege der Auslegung aus dem Gesamtinhalt die Vereinbarung herzuleiten ist, dann handelt der Notar nicht schuldhaft, wenn er es unterläßt, die Beteiligten darüber zu belehren, daß der Vertrag dem Verkaufsstempel unterliege. Seine Ansicht, daß eine Verpflichtung zum Verkaufe nicht beurkundet sei, läßt sich vertreten, und es kann ihm nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn er dieser Ansicht ist und so fest von ihrer Richtigkeit überzeugt ist, daß er nicht einmal Zweifel hegt, ob seine Auffassung auch die Billigung der Stempelsteuerbehörde und der zur Entscheidung über die Stempelsteuerpflicht berufenen Gerichte findet. — Zustimmend: Fuchs, JW. 17, 600.

μ. **RG.** 7. 12. 15 — JDR. 15 II 2b κ — btr. Verpflichtung des Notars zur Belehrung in stempelrechtlicher Beziehung; auch: ZBlFG. 17, 350.

ν. Hamburg 1. 7. 16 — JDR. 15 § 276 II 4a — btr. Verpflichtung des Notars zur Kenntnis des vor dem 1. 1. 1900 in Geltung gewesenen Rechts; auch: OLG. 34, 134, SeuffA. 72, 297, ZBlFG. 17, 522.

ξ. **RG.** 5. 5. 16 — JDR. 15 II 4o — btr. Beratung bei Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Ausschluß der Schuldübernahme; auch: ZBlFG. 18, 152.

o. **RG.** 12. 5. 16 — JDR. 15 § 611 II 2b ι — btr. Vertrag über Übereignung der gesamten Waren eines Kaufmanns, auch: LeipzZ. 17, 332, ZBlFG. 18, 154.

π. **RG.** 18. 1. 16 — JDR. 15 II 2ε, μ, ξ — btr. Sorgfaltspflicht des Notars, auch: ZBlFG. 17, 351.

ρ. BayObLG. 27. 3. 16 — JDR. 15 II 2ν, π — jetzt auch BayObLG. 17, 73.

σ. **RG.** 10. 12. 15, ZBlFG. 17, 300. Über die Beratungspflicht des Notars, insbesondere die Pflicht zur Belehrung der Beteiligten über die Kosten einer Beurkundung.

τ. Colmar 3. 1. 16, ElsLothJZ. 17, 9. Die Haftung des Notars aus der Übernahme des Auftrags, mit dem an ihn bezahlten Kaufpreis die Hypothekengläubiger zu befriedigen, ist eine vertragliche.

υ. Neumiller, Die Grenzen der Belehrungspflicht des Notars, LeipzZ. 17, 639.

3. Vertrag mit dem Rechtsanwalt.

a) Dresden 22. 5. 17, JW. 17, 865, SächsRpflA. 17, 343. Ein RA., zu dessen Berufstätigkeit die Beratung anderer in Rechtsangelegenheiten gehört, schließt mit jedem ein Vertragsverhältnis dadurch ab, daß er diesem gegen das ausdrückliche oder stillschweigende Erbieten einer Vergütung eine Auskunft oder einen Rat in einer Rechtssache erteilt. Er haftet deshalb aus falscher Ratserteilung nicht nur auf Grund des § 676, sondern auch auf Grund Vertrags. — Hierzu: Friedländer, JW. 17, 865.

b) **RG.** 5. 10. 17, HansGZ. 17 Bbl. 298, R. 17 Nr. 1987. Dadurch, daß der abtretende Gläubiger einen RA. mit der Benachrichtigung des Drittschuldners beauftragt und diese Benachrichtigung auch im Interesse des Erwerbers der Forderung liegt, entsteht kein Vertragsverhältnis zwischen diesem und dem RA. und keine Haftung des Anwalts dem Erwerber gegenüber. Eine entspr. Anwendung der **RG.** 52, 365 ausgesprochenen Grundsätze ist hier ausgeschlossen.

c) **RG.** 3. 7. 17, JW. 17, 967, R. 17 Nr. 1612, WarnE. 17, 319. Aus der Übernahme des allgemeinen Auftrags, den Geschäftsführer und alleinigen Inhaber einer zum Zweck des Erwerbs und der Verwertung eines Grundstücks gegründeten GmbH. in dem Verfahren btr. Zwangsversteigerung dieses Grundstücks zu vertreten und bei der Abgabe des Gebots zu beraten, folgt für den RA. noch nicht die weitgehende und mit großer Verantwortlichkeit verknüpfte Pflicht, dafür zu sorgen, daß der Auftraggeber nach der Wiederveräußerung des Grundstücks eine möglichst geringe Zuwachssteuer zu entrichten habe. Zur Begründung dieser Pflicht bedarf es vielmehr eines besonderen Auftrags und dessen Annahme durch den RA. — Hierzu: Kaufmann, JW. 17, 967. Die Entscheidung beruht auf den besonderen Umständen des Falls; eine allgemeine Regel, der Anwalt brauche bei Beratung in der Zwangsversteigerung steuerrechtliche Wirkungen nicht in den Bereich seiner Prüfung zu ziehen, läßt sich aus ihr nicht herleiten.

d) Vgl. auch § 676 II 4.

e) Über Sorgfaltspflicht: § 276 II 3.

4. Kiel 14. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 86. Der Vertrag mit demjenigen, der als Berater in Vermögensverwaltungssachen zugezogen wird, ist regelmäßig kein Werkvertrag, sondern ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag. Dies gilt auch von dem Vertrage mit einem Rechtsanwalt.

5. Hamburg 11. 2. 15, OLG. 33, 327. Der Vertrag, durch den jemand angenommen wird, um ein Verfahren zur Beseitigung und Verhütung der mit einem Fabrikbetrieb verbundenen üblen Geruchsausströmungen aufzufinden, ist ein Dienstvertrag, kein Werkvertrag. An die Zusage eines Erfolgs oder gar einer „Erfindung" ist bei diesem in der Wissenschaft und Praxis stark beackerten Arbeitsfeld nicht zu denken, wie auch dem sachkundigen Fabrikbesitzer klar sein muß.

6. a) München 29. 12. 16, SeuffA. 72, 117. Die Verträge der Theaterdirektion mit den Schauspielern und Sängern, die sie für die von ihnen geleiteten Bühnen

auf eine bestimmte Zeit verpflichten, sind Dienstverträge, nicht Werkverdingungsverträge. Sie sind nach BGB., nicht nach der GewO. oder dem HGB. zu beurteilen. Der schriftl. Abschluß aller Dienstverträge mit Schauspielern und Sängern ist in Theaterkreisen in dem Sinne üblich, daß nach dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsteile die Gültigkeit dieser Verträge von der schriftl. Abfassung abhängig ist.

b) KG. 24. 1. 17, JW. 17, 488. Der Theaterleiter muß dem Schauspieler Gelegenheit geben, in für ihn geeigneten Rollen aufzutreten. Der Schauspieler muß spielen können, um in seiner Kunst fortzuschreiten und in ständiger Berührung mit Publikum und Presse zu bleiben. Seine Grenze findet das Recht des Schauspielers auf Beschäftigung in dem des Theaterleiters, den Spielplan zu bestimmen und die Rollen nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu besetzen. Kein Schauspieler kann verlangen, daß ihm nur erste Rollen und alle ersten Rollen übertragen werden, zumal wenn mehrere erste Darsteller für dasselbe Rollenfach vorhanden sind. Über die Frage, ob ein neues Stück aufzuführen ist, hat nur der Theaterleiter zu entscheiden; eine Verpflichtung, im Interesse eines Schauspielers ein bestimmtes Stück aufzuführen, besteht für ihn nicht. — Zustimmend: Opet a. a. O., der darauf hinweist, daß der Schauspieler Erstattung des durch Verletzung seines Beschäftigungsanspruchs entstandenen Schadens fordern kann, dessen Umfang über die Begrenzung des § 628 Abs. 2 hinausgehe.

7. Über den Maschinendreschvertrag: siehe § 535 I 1c.

8. **RG.** 18. 9. 17; 90, 408. Der Anspruch des Bezirksschornsteinfegers auf Zahlung des Kehrlohns ist ein privatrechtlicher. Hieran ändert der Umstand nichts, daß gemäß Polizeiverordnung einerseits jeder Hausbesitzer verpflichtet ist, die Reinigung der Schornsteine seines Hauses durch den zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister vornehmen zu lassen, und daß andererseits dieser öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, das Fegen in seinem Bezirk auf Rechnung der Hausbesitzer vorzunehmen.

9. **RG.** 9. 3. 17, R. 17, 226. Die Dienstleistungen eines Jockeys werden dadurch unmöglich, daß die Rennen, mit Rücksicht auf welche er angestellt ist, nicht stattfinden, einerlei ob diese an sich unmöglich sind oder vielleicht doch hätten veranstaltet werden können, und ob sie allgemein oder von Fall zu Fall abgesagt werden. Auf die Stalltätigkeit des Jockeys ist kein Gewicht zu legen, wenn dieser nicht Trainer ist, da sie dann von ganz untergeordneter Bedeutung ist.

10. Recken, Angestellte und Betriebserfindung, LeipzZ. 17, 785, befürwortet, um eine Nennung des Angestellten-Erfinders in der Patentrolle und den Patentveröffentlichungen zu ermöglichen, gemeinschaftliche Anmeldung durch den Unternehmer und den Angestellten. Er macht jedoch darauf aufmerksam, daß durch die Mitanmeldung eine Gemeinschaft nach §§ 741 ff. begründet wird, und hält deshalb genaue Vereinbarungen über die Rechte des Angestellten bei der Mitanmeldung notwendig, die nicht dahin gehen könnten, daß dem Angestellten Rechte irgendwelcher Art außer dem der Mitanmeldung nicht zustehen sollen.

11. Gruppenakkord. Ihrig. Wenn mehrere Personen als Arbeitnehmer mit einer oder mehreren Personen als Arbeitgebern dergestalt ein Vertragsverhältnis eingehen, daß jene versprechen, in gemeinsamer Arbeit einen und denselben Erfolg zu bewirken, während ihnen hierfür von seiten des Arbeitgerbers eine gemeinsame Entlohnung zugesagt wird, dann liegt ein Gruppenakkord vor (6—12). Das zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern obwaltende äußere Rechtsverhältnis untersteht, wie entgegen den Ansichten Rümelins, Wölblings und Lotmars eingehend begründet wird, dem Dienstvertragsrechte (14—39). Das zwischen den mehreren Arbeitnehmern bestehende innere Rechtsverhältnis ist ein Gesellschaftsverhältnis (39—44). Weiter werden die Entstehung des äußeren Rechtsverhältnisses (45, 46), der Abschluß des Arbeitsvertrags (46, 47) und das Erfordernis der Vereinbarung einer Vergütung behandelt (47, 48); ist die Vereinbarung einer Vergütung unterlassen, dann ist diese nach § 315 durch den Arbeitgeber festzusetzen; § 612 ist nicht anwendbar.

III. Unmöglichkeit der Leistung.

Auerswald, Lohnanspruch bei Betriebseinstellung wegen Mangels an Brennstoffen oder infolge Anordnung der Kommandogewalt, GewuKfmG. 22, 217. Stellt der Dienstberechtigte den Betrieb wegen Mangels an Brennstoffen ein, dann ist er verpflichtet, dem Dienstverpflichteten die Vergütung weiter zu zahlen, auch wenn ihn kein Verschulden trifft. Auf §§ 323, 324 kann er sich nicht berufen. § 323 greift nicht Platz, weil die Entgegennahme der Dienste durch den Arbeitgeber, die in diesem Falle unmöglich wird, nur ein Recht, jedenfalls keine der Vertragsleistung des Dienstpflichtigen gegenüberstehende gleichwertige Verpflichtung des Dienstberechtigten, nicht Gegenstand der ihm obliegenden gleichwertigen Leistung bei gegenseitigen Verträgen ist. § 324 wird aber, soweit es sich um die Entgegennahme von Diensten handelt, durch die Bestimmung des § 615 ausgeschlossen. Nur dann, wenn das Dienstverhältnis fristloser Kündigung unterliegt, ist die Zahlungsverpflichtung des Dienstberechtigten zu verneinen, weil in der Ablehnung der angebotenen Dienste das Angebot der Aussetzung des Dienstvertrags, subsidiär das Wahlangebot der Lösung des Vertrags für den Fall des Nichteinverständnisses mit der Aussetzung liegt, und das Schweigen des Dienstverpflichteten auf diese Angebote nach Treu und Glauben als Zustimmung zur Aussetzung angesehen werden muß. Ein Anspruch auf die Vergütung besteht auch nicht, wenn die Betriebseinstellung auf Anordnung des GenKdo. erfolgen muß; denn hier kann der Dienstpflichtige infolge des Verbots der Militärbehörde seine Dienste nicht wirksam anbieten und deshalb den Dienstberechtigten nicht in Annahmeverzug versetzen (§§ 293, 294).

IV. Kriegsrecht.

1. Hamburg 19. 6. 16, GewuKfmG. 22, 241. Der Anspruch auf Gehalt steht dem Dienstverpflichteten — abgesehen von der Ausnahme des § 616 — nur im Falle der Leistung der Dienste zu, ist also von dieser abhängig. Dieser Abhängigkeit des Gehaltsbezugs von der Leistung der Dienste steht der Umstand nicht entgegen, daß der Dienstverpflichtete in Veranlassung der Dienstleistung, nämlich infolge seines vertraglichen Aufenthalts in Indien, nach dem Kriegsausbruche interniert wird.

2. Cöln 3. 7. 17, JW. 17, 937. Durch die nach Beendigung des Dienstverhältnisses von dem Dienstberechtigten gemachte Zusage der Weiterzahlung der Kriegsunterstützung will sich nach Lage der Sache der Dienstberechtigte nicht bindend und unwiderruflich verpflichten, auch bei noch so langer Dauer des Kriegs die Unterstützung fortzuzahlen. — Gegen die Verallgemeinerung dieses Grundsatzes: Hachenburg, JW. 17, 937.

3. Schultz, GewuKfmG. 22, 225, erörtert die Rechtsverhältnisse bei der Vereinbarung freier Station im Kriege, namentlich auch mit Rücksicht auf die Lebensmittelkarten.

4. GewG. Berlin 9. 10. 16, GewuKfmG. 22, 123. Ein mit freier Kost angestellter Hausdiener eines Hotels, der sich weigert, dem Arbeitgeber seine Lebensmittelkarten abzugeben und infolgedessen von dem Arbeitgeber nicht beköstigt werden kann, hat keinen Anspruch auf Entschädigung, da es durch seine Schuld unmöglich geworden ist, ihm Kost zu gewähren (§ 324).

5. a) Flatow, Der Hilfsdienstpflichtige in der Etappe, JW. 17, 149. Der Vertrag, der mit dem auf Grund des Ges. v. 5. 12. 16 HDPflichtigen, der sich zur Verwendung im besetzten feindlichen Gebiete gemeldet hat, von dem Militärfiskus abgeschlossen wird, ist ein gewöhnlicher Dienstvertrag nach BGB., auf den insbesondere auch die §§ 616, 618, 626 anwendbar sind.

b) Knipschaar, Die Schadensersatzpflicht aus Unfällen, die sich bei der Ausübung des vaterländischen Hilfsdienstes ereignen, JW. 17, 121. Die Arbeit, die der auf Grund des Ges. v. 5. 12. 16 HDPflichtige leistet, bedeutet nicht die Erfüllung eines öffentlichen Rechts des Staats auf Arbeit in dem Sinne, daß der HDPflichtige als solcher im Dienste

des Staates steht. Auch durch die Strafbestimmung des § 18 Abs. 2 wird das Rechtsverhältnis, das zwischen dem HDPflichtigen und seinem Arbeitgeber besteht, nicht in der Weise beeinflußt, daß der Staat als Dienstherr anzusehen ist. Vielmehr besteht zwischen dem HDPflichtigen und dem Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis, das als solches außerhalb des öffentl. Rechts liegt. Tritt der HDPflichtige in einen Privatbetrieb ein, so wird in der Regel ein Dienstvertrag i. S. der §§ 611 ff. vorliegen, doch kann auch ein Werkvertrag nach §§ 631 ff. vorkommen. → Im übrigen ist zum Dienstvertrag des HDPflichtigen zu vgl. Kriegsbuch 4, 864; 5, 611 ff. ←

§ 612.

1. Coulin, Entgeltliche Dienstleistungen volljähriger Hauskinder, ABürgR. 42, 376. Alle Dienstleistungen volljähriger Hauskinder sind unterschiedslos als entgeltliche zu betrachten, aber die im Hauswesen und Geschäfte der Eltern geleisteten (§ 1617), zu denen Prozeßführung, Begutachtung von Rechtsangelegenheiten, ärztliche Operationen und ähnliche Dienste höherer Art nicht gehören, werden regelmäßig durch die Teilnahme am elterlichen Hausstand und den Empfang des Unterhalts entgolten, während alle anderen Dienstleistungen in der allgemein üblichen Weise entgolten werden.

2. Hamburg 7. 7. 14, OLG. 33, 331. Die Bestimmung einer Medizinaltaxe eines ärztlichen Vereins, daß Fuhrkosten für Reisen zu ärztlichen Besuchen auch verlangt werden könnten, wenn tatsächlich ein Fuhrwerk nicht benutzt worden sei, ist nicht maßgebend. Mit ihr geht die Taxe über das Gebiet ihrer Wirksamkeit hinaus. Denn sie hat nur die Gebühren für die wirklichen Leistungen als deren übliche Vergütung festzusetzen, kann aber nicht bestimmen, daß eine Vergütung auch gezahlt werden soll, wenn eine Aufwendung nicht stattgehabt hat.

§ 615.

1. a) GewG. Stuttgart, 9. 2. 17, GewuKfmG. 22, 179. Der Arbeiter, der in den wegen Kohlenmangels nicht geheizten Arbeitsräumen nicht arbeiten kann, hat gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Ersatz des ihm hieraus erwachsenen Lohnausfalls. Denn, da der Arbeitgeber gemäß § 242 die Arbeitsräume ausreichend zu heizen verpflichtet ist, bietet er die ihm obliegende Gegenleistung nicht an, wenn die Arbeitsräume nicht geheizt sind, und befindet sich deshalb gegenüber dem Arbeiter, der arbeiten kann und will, im Annahmeverzug (§§ 296, 297, 298, 293).

b) GewG. Berlin-Schöneberg 29. 3. 17, GewuKfmG. 22, 235. Wenn wegen ungenügender Erwärmung des Arbeitsraums die Arbeit eingestellt werden muß, haben die Arbeiter Anspruch auf Ersatz des Lohnausfalls auf Grund des § 615, der ein Verschulden des Arbeitgebers nicht voraussetzt. Die Leistung des Arbeiters ist nicht unmöglich; denn sie hätten, falls ihnen ein anderer genügend erwärmter Raum zur Verfügung gestellt worden wäre, ihre Arbeit verrichten können.

c) GewG. Berlin 17. 4. 17, GewuKfmG. 22, 292. Der Arbeiter hat Anspruch auf Fortzahlung des Lohns, wenn wegen Kohlenmangels die Werkstatt nicht geheizt ist und deshalb nicht gearbeitet werden kann. Der Dienstberechtigte ist in einem solchen Falle mit Annahme der Dienste in Verzug geraten, und er kann sich bei diesem Gläubigerverzug nicht durch den Nachweis entschuldigen, daß er durch äußere Umstände an der Annahme verhindert war.

2. Ihrig 66, über die Anwendbarkeit des § 615 bei dem Gruppenakkordvertrag.

§ 616.

1. a) Kiel 4. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 57. Mangels anderweiter Vereinbarung und bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 616 muß es bei der Regel des § 323 sein Bewenden haben, wonach der Angestellte bei Nichtleistung von Diensten infolge seiner Einberufung zum Heeresdienst den Anspruch auf die Gegenleistung — das Gehalt — verliert.

b) Breslau 31. 10. 16, BreslauAK. 17, 24, R. 16, 268. Im Falle der Einziehung des Dienstverpflichteten zum Heeresdienst, während der er an der Verrichtung der Dienste gehindert ist, ist § 323 anwendbar, falls nicht die Voraussetzungen des § 616 gegeben sind, der eine Ausnahme von der Regel des § 323 festsetzt.

2. Hamburg 9. 6. 16 — JDR. 15 II 1 — btr. Gehaltsanspruch eines im Auslande internierten Handlungsgehilfen; abgedruckt auch: OLG. 34, 334.

3. a) KG. 14. 11. 16, OLG. 34, 33. Welcher Zeitraum als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit anzusehen ist, ist nach der objektiven Sachlage und nicht nach der einseitigen Auffassung eines der Beteiligten zu entscheiden. Eine solche kann nur als Kennzeichen für den objektiven Maßstab verwertet werden. Deshalb kann kein ausschließliches Gewicht darauf gelegt werden, daß der Dienstberechtigte anerkannt hat, eine gewisse Zeit sei nicht erheblich.

b) KG. 21. 2. 17, KGBl. 17, 58. Die Zeit vom 28. bis 31. Dezember ist bei der Dienstleistung eines Filmregisseurs eine verhältnismäßig nicht erhebliche.

c) KfmG. Stettin 23. 6. 16, GewuKfmG. 22, 155. Ein Zeitraum von 10 Monaten kann auch dann als ein nicht erheblicher i. S. des § 616 nicht angesehen werden, wenn der Anstellungsvertrag für 5 Jahre abgeschlossen ist.

4. a) GewG. Bremen 19. 4. 17, GewuKfmG. 22, 292. § 616 kann durch eine abweichende Vertragsabrede ausgeschlossen werden. Eine derartige abweichende Abrede liegt in der Bestimmung des Tarifvertrags, daß nur die wirklich geleistete Arbeitszeit in Anrechnung kommen soll.

b) Dresden 25. 6. 15, OLG. 34, 64. Eine Vereinbarung, daß § 616 keine Anwendung finden solle, kann auch stillschweigend erfolgen. Handelt es sich um die Wahrnehmung gerichtlicher Termine, dann wird sie regelmäßig für den Fall anzunehmen sein, daß bereits durch andere Vorschriften, so durch die ZGebO. und § 91 ZPO., für einen Ersatz der Erwerbsversäumnis gesorgt ist und damit der mit § 616 beabsichtigte sozialpolitische Zweck fortfällt.

5. Oertmann, Lohnansprüche des verhinderten Arbeitnehmers für „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit"?, GewuKfmG. 22, 116. Entstehungsgeschichte, Wortlaut und bisher herrschende Auslegung stehen der Annahme entgegen, daß dem dauernd verhinderten Arbeiter der Lohnanspruch für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit erhalten bleibe. Auch eine entspr. Anwendung des § 616 Abs. 1 Satz 1 auf den Fall einer Verhinderung für längere Zeit ist nicht zulässig (JDR. 14, 2; 15, III).

6. GewG. Berlin 9. 10. 16, GewuKfmG. 22, 123. § 616 Satz 1 ist entsprechend anzuwenden, wenn ein mit freier Kost angenommener Angestellter eines Hotels wegen eines chronischen Magen- und Darmleidens auf eine besondere Diät angewiesen und deshalb außerstande ist, eine etwaige Beköstigung, wie der Arbeitgeber sie bietet, zu genießen. Er hat daher für verhältnismäßig unerhebliche Zeit (10 Tage) Anspruch auf Kostgeld.

7. Über österreichisches Recht: Sonka, Der verhältnismäßige Anspruch auf Fortentlohnung des an der Dienstleistung verhinderten Dienstnehmers, AÖstGZ. 17, 121.

§ 618.

I. **RG.** 29. 6. 17, LeipzZ. 17, 1341, R. 17 Nr. 1811. § 618 ist zwingender Natur, so daß der Dienstverpflichtete nicht im voraus auf deren Einhaltung verzichten kann. Der Dienstberechtigte wird daher von seiner Verantwortlichkeit nicht dadurch befreit, daß der Angestellte die Arbeit freiwillig auf sich nimmt.

II. 1. a) **RG.** 27. 2. 17, BayRpflZ. 17, 257, R. 17 Nr. 807, 808. Auch eine an sich ordnungsmäßige Anlage kann Schutzvorrichtungen i. S. des § 618 erfordern, wenn großer Verkehr, starke Abnutzung und wiederholte Unfälle eine Gefahr für die dort verkehrenden Personen erkennen lassen. Die Diensträume müssen auch im Interesse der Sicherheit der dort verkehrenden Personen auf ihren ordnungsmäßigen gefahrfreien Zustand regelmäßig geprüft werden, auch wenn Meldungen oder Beschwerden nicht einlaufen.

b) **RG.** 4. 5. 17, LeipzZ. 17, 1132. Pflicht des Dienstherrn ist es, die Wohnräume und sonstigen Hausteile, welche seine Angestellten bei Erfüllung ihres Dienstes regelmäßig zu begehen haben, in einem solchen Zustande zu erhalten, daß sie deren Körper und Gesundheit nicht gefährden. Deshalb dürfen auch seine Teppiche und Läufer keine Hindernisse aufweisen, welche die Dienstverpflichteten der Gefahr des Hängenbleibens, Anstoßens und Stolperns aussetzen. Lösen sich zusammengenähte Läuferteile leicht voneinander, dann ist es unvorsichtig, den Läufer als Belag für den oft begangenen Flur zu verwenden. Zum mindesten aber muß der Läufer in geeigneten, nicht zu großen Zeiträumen auf die Festigkeit und Gefahrlosigkeit der Naht untersucht werden.

c) **RG.** 28. 9. 17, GruchotsBeitr. 62, 111, R. 17 Nr. 1813. Der Dienstberechtigte ist zur Sorge für eine gefahrfreie Beschaffenheit der Diensträume, sowie des Zu- und Abgangs verpflichtet; er muß dabei mit dem Leichtsinn der Dienstverpflichteten rechnen und von selbst die nötigen Vorkehrungen treffen, um eine Gefährdung auszuschließen. Demgemäß hat er bei Schneefall für wiederholte Reinigung der Treppe vor dem Dienstgebäude, insbesondere für eine solche kurz vor Schlusse der Dienststunden, zu sorgen, wenn er nicht vorzieht, den Ausgang nach der Treppe überhaupt zu sperren. In letzterem Falle darf er sich aber mit einer Weisung, einen anderen Ausgang zu benutzen, nicht begnügen, sondern muß die Befolgung der Weisung sichern oder wenigstens überwachen.

d) **RG.** 5. 12. 16, BauersZ. 24, 142, BayRpflZ. 17, 156, LeipzZ. 17, 803, R. 17 Nr. 1028, WarnE. 17, 18. Der Dienstberechtigte muß sich von der Brauchbarkeit und gefahrlosen Beschaffenheit der Leiter, die dem Dienstboten zur Benutzung überlassen wird, überzeugen und dafür sorgen, daß die etwa mangelhafte Leiter entweder überhaupt nicht oder doch nur unter Beobachtung der zur Abwendung einer Gefahr gebotenen Vorsichtsmaßregeln, wie z. B. durch Zuziehung einer Hilfsperson, die die Leiter hält, benutzt wird. Für seine Haftung ist belanglos, daß die Leiter einem Dritten gehört und von ihm nur leihweise benutzt wird, und daß sie dem Dienstboten nicht ausdrücklich zur Benutzung überwiesen wird; es genügt, daß sie zur Verfügung des Dienstboten steht.

e) **RG.** 29. 6. 17, LeipzZ. 17, 1341. Wenn der Dienstherr das Lungenleiden des Angestellten kennt, dann ist er verpflichtet, diesen vor der Gefährdung seiner Gesundheit in dem besonders stauberfüllten Teile des Betriebs zu schützen und ihm eine andere Arbeit in dem Betriebe anzuweisen. Ist eine andere Zuteilung nicht möglich, dann kann er kündigen.

f) *α.* **RG.** 15. 6. 17, R. 17 Nr. 1399, WarnE. 17, 375. Der Theaterdirektor, der den Theatermitgliedern, die bei den Proben auf der Bühne tätig gewesen sind, den Weg über die Bühne zum Verlassen des Theaters nicht verbietet, hat für die Verkehrssicherheit dieses Wegs einzustehen, auch wenn noch ein anderer völlig gefahrloser Weg vorhanden ist. Es ist ihm zwar nicht zuzumuten, gewisse Gefahren zu verhüten, die der Betrieb des Theaters, der Aufbau der Bühne, das Herbeischaffen der auf der Bühne gebrauchten Gegenstände regelmäßig mit sich bringt, aber er hat dafür zu sorgen, daß nicht unerwartete Hindernisse oder Gefahren sich den mit dem Verkehr auf der Bühne vertrauten Personen entgegenstellen, daß also z. B. nicht Gegenstände derart hingelegt oder hingestellt werden, daß sie schwer erkennbar sind und so den über die Bühne Gehenden zu Fall bringen können.

β. **RG.** 29. 6. 17, BayRpflZ. 17, 355, JW. 17, 969, R. 17 Nr. 1614, WarnE. 17, 317. Der Theaterunternehmer hat im Interesse der seinem Schutze unterstellten Gesundheit der Schauspieler anzuordnen, daß auch die von diesen zu beschaffenden Garderobestücke gefahrlos sind. Deshalb hat er einer Schauspielerin das Tragen von Schuhen mit hohen Absätzen, deren Benutzung bei dem von ihr auszuführenden Tanze gefahrvoll ist, bei diesem zu verbieten, auch wenn die Schuhe von ihr selbst beschafft oder ihr Eigentum sind, und die Schauspielerin etwa aus Leichtsinn, Unverstand oder Eigensinn die Schuhe für gefahrlos erachtet. — Zustimmend: Opet, JW. 17, 969.

2. **RG.** 5. 12. 16, BauersZ. 24, 142, BayRpflZ. 17, 156, LeipzZ. 17, 803, R. 17 Nr. 1029, WarnE. 17, 18. Der Dienstberechtigte hat auch für das Verschulden seiner Frau

aufzukommen, die ihn innerhalb des häuslichen Wirkungskreises vertritt und die btr. Arbeit anordnet. — Ebenso: RG. 4. 5. 17, Leipz. 17, 1132.

3. RG. 5. 12. 16, BauersZ. 24, 142, BayRpflZ. 17, 156, LeipzZ. 17, 803, R. 17 Nr. 1028, WarnE. 17, 18. Ein eigenes Verschulden des Dienstboten kann darin gefunden werden, daß er trotz der Erkenntnis des Mangels der Leiter und, nachdem sein Versuch, eine der beteiligten Personen zum Halten derselben zu bestimmen, erfolglos geblieben ist, die Leiter benutzt, ohne sich vorher um Abhilfe an den Dienstberechtigten zu wenden. Doch ist bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens davon auszugehen, daß es in erster Linie Sache des Dienstberechtigten ist, für die ordnungsmäßige Beschaffenheit der erforderlichen Geräte und für ihre gefahrlose Benutzung zu sorgen.

4. RG. 4. 5. 17, LeipzZ. 17, 1132. Steht fest, daß ein Raum oder die Beschaffenheit eines in diesem befindlichen Gegenstandes im allgemeinen den Verkehrsanforderungen nicht entspricht, dann ist es Pflicht des Dienstberechtigten darzutun, daß er alle verständigerweise ihm zuzumutenden Maßnahmen getroffen hat, um den Raum oder Gegenstand in einen verkehrssicheren Zustand zu versetzen und in ihm zu erhalten. — Ebenso: RG. 27. 2. 17, BayRpflZ. 17, 257, R. 17 Nr. 808.

III. 1. RG. 27. 2. 17, BayRpflZ. 17, 257. Verpflichtungen entsprechend dem in § 618 für das bürgerliche Recht aufgestellten Grundsatze liegen auch in Dienstverhältnissen des öffentl. Rechts dem Dienstherrn ob.

2. RG. 20. 3. 17, R. 17 Nr. 1613, WarnE. 17, 207. Eine Schutzpflicht, wie sie § 618 für den Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts aufstellt, liegt auch im öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis dem Staat gegenüber seinen Beamten ob. Sind die Mängel der Diensträume offensichtlich, und hat überdies der Beamte seine Vorgesetzten und die Aufsichtsbeamten auf die Mißstände hingewiesen und sich darüber beschwert, ohne daß eine auch nur einigermaßen genügende Abhilfe erfolgt wäre, dann ist die Annahme eines Verschuldens des Staats gerechtfertigt.

3. RG. 15. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 663, LeipzZ. 17, 740, R. 17, 95, WarnE. 17, 73. Wenn zur Ausfüllung der Lücken im Beamtenrechte in der Rechtspr. des RG. vielfach die in § 618 für den Dienstvertrag aufgestellten Bestimmungen herangezogen worden sind, so ist dies lediglich in dem Sinne geschehen, daß bei vollster Würdigung und Berücksichtigung des grundlegenden Wesenunterschieds zwischen dem öffentl.-rechtl. Beamtenverhältnisse, bei dem Gewaltinhaber und Gewaltunterworfener sich gegenüberstehen, und dem bürgerlich-rechtl. Dienstverhältnisse, bei dem auf gleicher Rechtsstufe befindliche Personen in einem Vertragsverhältnisse sich gegenübertreten, der für das bürgerliche Recht in § 618 zur Anwendung gebrachte allgemeine Rechtsgedanke auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts für das Beamtenverhältnis Anwendung finden muß (JDR. 14, 7; 15 III).

IV. Knipschaar, Die Schadensersatzpflicht aus Unfällen, die sich in der Ausübung des vaterländischen Hilfsdienstes ereignen, JW. 17, 121. Tritt der auf Grund des Ges. v. 5. 12. 16 HDPflichtige in einen privaten Betrieb ein, und ist der mit dem Inhaber dieses abgeschlossene Vertrag als Dienstvertrag anzusehen, dann findet § 618 Anwendung.

§ 620.

1. RG. 3. 4. 17, GruchotsBeitr. 61, 774, R. 17 Nr. 1400. Ist mit dem zum Geschäftsführer einer GmbH. Ernannten ein Dienstvertrag abgeschlossen, ist aber ein in Aussicht genommener besonderer Vertrag, in dem die Einzelheiten des Dienstvertrags festgelegt werden sollten, nicht zustande gekommen, dann berechtigt das Nichtzustandekommen dieses Vertrags die GmbH. nicht, den Geschäftsführer ohne Einhaltung irgendwelcher Kündigungsfrist (§§ 620—623) zu entlassen.

2. Colmar 8. 12. 15, ElsLothJZ. 17, 384. In der Erklärung des Dienstberechtigten, daß er den Dienstverpflichteten wegen eines wichtigen Grunds „ohne Kündigung entlasse“, kann, für den Fall, daß ein wichtiger Grund nicht besteht, nicht die Kündigung auf Grund einer Vertragsbestimmung erblickt werden, nach der das bis zu einem bestimmten Zeit-

punkt eingegangene Dienstverhältnis vor diesem gegen Zahlung eines Reugelds gekündigt werden darf.

§ 626.

I. 1. Augsburg 4. 10. 16, OLG. 33, 333. Darin, daß der Arbeitgeber dem Arbeiter, der seine Arbeit niedergelegt hat, seine Arbeitspapiere aushändigt, liegt keine Entlassung des Arbeiters durch den Arbeitgeber.

2. a) LG. Görlitz 17. 3. 17, LeipzZ. 17, 1021. Ein wichtiger Grund zur Kündigung ist für den Dienstberechtigten schon dann gegeben, wenn der in einer Vertrauensstellung befindliche Dienstverpflichtete sich von dem Vertragsgegner des Berechtigten in Beziehung auf den Betrieb, in dem er seine Dienste zu leisten hatte, Vorteile für seine Person ohne Wissen und Einverständnis des Dienstberechtigten auch nur versprechen läßt, mögen ihm später solche Vorteile tatsächlich nicht zugeflossen sein. Daß die Vorteile nur für besonders sorgfältige Ausführung der von dem Vertragsgegner erteilten Lieferungsaufträge zugesagt sind, ist ohne Belang.

b) **RG.** 17. 10. 16, R. 17 Nr. 1615. Bei der Frage, ob dem Dienstberechtigten nicht mehr zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis aufrecht zu erhalten, können auch die vor seinem Beginn liegenden Ereignisse in Betracht kommen, insbesondere solche, die sich bei Ausführung vertragsmäßiger Leistung schon vor der bedungenen Zeit ergeben. Sogar Umstände, die vor Abschluß des Vertrags liegen, aber erst nachher bekannt geworden sind, können die außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

c) Colmar 18. 1. 16, ElsLothJZ. 17, 12, GewuKfmG. 22, 212. Ist in dem Dienstvertrage vereinbart worden, daß der Dienstberechtigte im Falle des Verkaufs seines Gewerbebetriebs, für den der Dienstverpflichtete angestellt wurde, befugt sein soll, auch seine Rechte auf die Dienste des Dienstverpflichteten auf den Käufer zu übertragen, und hat der Dienstberechtigte dem entsprechend verfahren, dann hat sein Rechtsnachfolger einen wichtigen Grund zur Kündigung, wenn der Dienstverpflichtete ihm gegenüber die Dienste beharrlich weigert.

d) KG. 24. 1. 17, JW. 17, 488. Ein wichtiger Grund zur Kündigung ist für den Schauspieler nicht nur gegeben, wenn der Theaterleiter ihn böswillig, d. h. mit der Absicht, ihn zu schädigen, nicht ausreichend verwendet, sondern schon dann, wenn er schuldhaft die Interessen des Schauspielers durch Nichtbeschäftigung verletzt (vgl. § 611 II 6 b).

e) Siehe § 611 I 4.

3. *Hoeniger, Riskante Rechtsausübung schildert das bei Gestaltungsrechten hier vorliegender Art, die von einem Mittatbestand — wie „wichtiger Grund" — abhängen, entstehende Problem des Risikos der Rechtsausübung und seine wirtschaftlichen Folgen und macht Vorschläge zur Abhilfe. Vgl. Vorbem. z. ZPO.

II. Kriegsrecht.

1. **RG.** 5. 6. 17, LeipzZ. 17, 1178, WarnE. 17, 244. Die Einwirkung einer längeren Dauer des Kriegs auf ein Vertragsverhältnis kann eine so wesentlich andere, tiefer greifende sein, als die Einwirkung eines kürzeren Kriegs, daß sie für die Frage, ob die Fortsetzung des Vertrags der einen oder anderen Partei zuzumuten ist, von entscheidender Bedeutung wird. Während der Kriegsausbruch an sich vielleicht noch nicht zur Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigte, kann die lange Dauer des Kriegs einen Kündigungsgrund bilden. Darum schließt auch die Vereinbarung der Fortdauer des Vertragsverhältnisses durch Ausbruch eines Kriegs nicht ohne weiteres die Geltendmachung der unerwartet langen Dauer des Kriegs als eines Kündigungsgrundes aus.

2. **RG.** 3. 4. 17, BauerZ. 24, 202, GruchotsBeitr. 61, 774, HoldheimsMSchr. 17, 234, R. 17, 368. Ist dem Dienstberechtigten der Betrieb des Unternehmens infolge des Kriegs wirklich unmöglich geworden, dann liegt ein wichtiger Grund zur Entlassung des Angestellten vor. Ist dies aber nicht der Fall, weil kein Zwang zur Aufgabe des Betriebs vorliegt, sondern handelt es sich nur um durch den Krieg veranlaßte größere Schwierig-

keiten, und erscheint es dem Dienstberechtigten vorteilhafter, diesen Erschwerungen und notwendigen Einschränkungen gegenüber seinen Betrieb vorläufig einzustellen, so kann er dies nicht dazu benutzen, seine Dienstverträge — entgegen dem offensichtlichen Zweck der §§ 622, 623: einem plötzlichen Brotloswerden von Dienstverpflichteten vorzubeugen — ohne Frist aufzulösen und die Nachteile seiner für ihn selbst zweckmäßigen Maßnahmen auf seine Angestellten abzuwälzen (**RG.** 87, 351; 86, 398, JW. 03, 11).

3. Frankfurt a. M. 14. 2. 16 — JDR. 15 § 626 II 3 — btr. Entlassung eines als Engländer internierten Geschäftsführers einer GmbH.; auch: BauersZ. 24, 189, OLG. 34, 361.

4. Abel, Österreichs Rechtsentwicklung im Kriegsjahr 1916, JW. 17, 17. Nach OGH. v. 25. 1. 16 berechtigt das Verlassen des Dienstes infolge drohender feindlicher Invasion den Dienstgeber nicht zur Entlassung des Dienstnehmers, wohl aber kann der Bedienstete entlassen werden, wenn er infolge seiner Flucht durch eine den Umständen nach erhebliche Zeit faktisch an der Verrichtung der Dienste gehindert erscheint.

5. **RG.** 17. 10. 16, BayRpflZ. 17, 50. Unterbricht eine Wachgesellschaft die vertragsmäßige Bewachung des Grundstücks, weil einer ihrer Wächter im Laufe des Kriegs zum Heere eingezogen worden ist, dann ist das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrunds nicht um deswillen zu verneinen, weil es im Vertrage heißt, bei Mobilmachung sei sie berechtigt, die Bewachung bis zur Einstellung von Ersatzwächtern zu unterbrechen.

§ 628.

Hamburg 9. 3. 15, OLG. 34, 335. Der Handlungsgehilfe, der zu Unrecht entlassen ist oder den Dienstvertrag wegen vertragswidrigen Verhaltens des Dienstherrn mit Recht auflöst, kann über den Tag, auf den zuerst hätte gekündigt werden können, hinaus Schadensersatz nicht mit der Begründung verlangen, es sei ihm auch über diesen Zeitpunkt hinaus nicht möglich gewesen, Stellung zu erlangen. Denn mit Ablauf des bezeichneten Zeitraums ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Vertragswidrigkeit und dem dadurch erwachsenen Schaden beendigt.

§ 630.

1. KG. 14. 5. 15, OLG. 33, 334. Der Arbeitgeber hat das Zeugnis nach bestem Wissen und Gewissen so auszustellen, wie Treu und Glauben es erfordern. Ein Angestellter, dessen Tätigkeit bei dem Arbeitgeber sechs Jahre gedauert hat, hat Anspruch darauf, daß seine Leistungen als „im wesentlichen zufriedenstellend" bezeichnet werden, wenn der Arbeitgeber nur drei Fälle anzuführen vermag, bei denen die Leistungen minderwertig gewesen sein sollen. — An sich hätte der Arbeitgeber die ordnungsmäßige Erfüllung seiner Vertragspflicht zur Ausstellung eines richtigen Zeugnisses zu beweisen, da aber das Zeugnis stets die persönliche Ansicht des Ausstellers enthält, im allgemeinen die tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit des Zeugnisses spricht, und der Verkehr davon ausgehen muß, daß Treu und Glauben gewahrt werden, ist von dem Arbeitnehmer der Beweis der Unrichtigkeit des Zeugnisses zu verlangen, wenigstens soweit es sich auf Führung und Leistungen bezieht.

2. Dresden 15. 3. 16, SeuffA. 72, 315. Ein falsches Zeugnis stellt derjenige aus, der es nicht auf eine bestimmte Eigenschaft erstreckt, ihm aber eine solche Fassung gibt, daß ein einsichtsvoller Leser trotz Fehlens eines Ausspruchs über die betreffende Eigenschaft annehmen muß, sie sei vorhanden, während sie in Wirklichkeit nicht vorhanden ist.

3. Landsberger, Haftung für Ausstellung unrichtiger Dienstzeugnisse, GewuKfmG. 22, 287. Der bisherige Arbeitgeber eines ungetreuen oder der Untreue hinreichend verdächtigen Gehilfen muß diesem das Zeugnis so ausstellen, daß dem Gehilfen nicht die Erlangung einer neuen Stellung erheblich erschwert oder geradezu unmöglich gemacht wird; er darf andererseits nichts Unrichtiges bekunden und nicht vorsätzlich den neuen Prinzipalen Schaden zufügen. Der neue Prinzipal muß auf die Fassung des Zeugnisses genau achten, mit Sorgfalt und Aufmerksamkeit dessen Mängel erkennen und beim Vor-

handensein solcher Mängel, sowie überhaupt bei ungewöhnlicher Form des Zeugnisses vor Einräumung einer verantwortlichen Stellung, insbesondere der Übertragung einer Kassenverwaltung, erneut Erkundigungen beim früheren Arbeitgeber des ein derartiges Zeugnis aufweisenden Gehilfen einziehen.

4. Siehe auch § 676 II 2 **k**.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

§ 631.

I. Werk- oder Dienstvertrag: siehe § 611 I 1, II 4, 5, 6a, III 5b.

II. 1. **RG.** 1. 5. 17, R. 17 Nr. 1401, 1402. Der Unternehmer eines Werkes, das in der Bewegung einer Bodenmasse besteht, muß, zumal wenn er auf eigene Information über die Beschaffenheit ausdrücklich hingewiesen ist, mit nicht vorgesehener Schwierigkeit der Bodenbeschaffenheit rechnen und sie bei seiner Preisberechnung mit in Betracht ziehen. Er kann deshalb, wenn er sich in der Annahme der natürlichen Bodenbeschaffenheit getäuscht hat, wegen der ihm aus der schwierigen Bodenbewegung erwachsenen Mehrkosten an seinen Vertragsgegner, sofern dieser die Täuschung nicht schuldhaft veranlaßt hat, über die vereinbarte Pauschalsumme hinaus Ansprüche nicht stellen. Wenn aber die Ausführung der Arbeiten nicht durch aus der Bodenbeschaffenheit selbst erwachsene Hindernisse, sondern durch ein eingefügtes Bauwerk erschwert wird, dessen Vorhandensein der Unternehmer nicht kennen konnte, dann fällt die Beseitigung eines solchen Hindernisses nicht in den Rahmen des dem Unternehmer nur die Bewegung von Boden in natürlicher Beschaffenheit aufgebenden Vertrags. Beseitigt er das Bauwerk im Einverständnis mit dem Besteller, ohne daß hierüber ein neuer Werkvertrag abgeschlossen wird, so handelt er dabei nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag, und er ist auch nicht auf den Bereicherungsanspruch zu verweisen. Er vollendet vielmehr das ihm übertragene Hauptwerk mit dem Willen des Bestellers unter Mitausführung der Beseitigung des Bauwerks, einer Arbeit, hinsichtlich deren nur die Preisvereinbarung fehlt. Diese ist durch die Einstellung des angemessenen Preises zu ergänzen.

2. a) Hamburg 22. 10. 15, OLG. 34, 42. Ist der Unternehmer eines Neubaues zu der Feststellung des Gesamtpreises, der als Pauschsumme vereinbart worden ist, auf Grund einer besonderen Berechnungsmethode gekommen, indem er einen bestimmten Preis für das Kubikmeter umbauten Raums eingesetzt hat, und hat er dabei die Zahl der eingesetzten Meter zu hoch gegriffen, so ist dies ein innerer, das Vertragsverhältnis der Parteien nicht berührender Vorgang, ein Kalkulationsfehler, auf den der Besteller weder zu seinem Vorteil sich berufen noch zu seinem Nachteile festgelegt werden kann.

b) Meyer-Absberg, Der Pauschalakkord-Bauvertrag, BayRpflZ. 17, 180, erörtert u. a. die Frage, ob und inwieweit bei dem Pauschalakkord-Bauvertrage Mehr- oder Minderleistungen gegenüber dem Leistungsverzeichnis, Minderleistungen innerhalb einer Position, Wegfall ganzer Positionen, Mehrleistungen, die weder aus dem Leistungsverzeichnis noch aus den Werkplänen ersichtlich waren, die Pauschalsumme berühren, diese mindern oder besonders zu vergüten sind. Weiter wird die Bedeutung der Schriftlichkeitsklauseln und der Vertragsbestimmung, daß Regiearbeiten ausgeschlossen sind, behandelt.

3. a) Reindl, Die rechtliche Natur des Personenbeförderungsvertrags, R. 17, 279. Der Personenbeförderungsvertrag ist kein Mietvertrag, sondern ein Werkvertrag. Der entgegenstehenden Ansicht Webers in der Zeitung des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen 17, 125 ist nicht beizutreten.

b) **RG.** 10. 11. 16, HessRspr. 17, 292. Durch Lösen und Bezahlen einer Fahrkarte für die Benutzung des zu erwartenden Eisenbahnzugs wird der Beförderungsvertrag mit der Eisenbahn in der allgemein üblichen Weise zustande gebracht. Aus diesem Vertrage folgt die Verpflichtung der Eisenbahnverwaltung, dem zu Befördernden sicheren

Ab- und Zugang zu gewähren, und zwar nicht nur von und zum Bahnzuge, sondern auch zu und von den Aborten, die als zum Bahnhof gehörig errichtet und zur Benutzung für das auf die Ankunft des Zugs wartende Publikum bestimmt sind.

4. Königsberg 27. 6. 16, OLG. 34, 387. Die Verwiegung des Frachtguts auf der Bahnwage bildet keinen besonderen Werkvertrag, für dessen nicht ordnungsmäßige Erfüllung der Fiskus als Unternehmer nach §§ 633—635 haftet.

5. a) Colmar 17. 5. 14, ElsLothJZ. 17, 114. Der mit einem Spediteur abgeschlossene Transportvertrag ist als Werkvertrag nach § 631 anzusehen. Er verpflichtet den Spediteur nicht nur, dafür zu sorgen, daß die Möbel unbeschädigt von der alten in die neue Wohnung gelangen, sondern der Besteller darf auch erwarten, daß bei der Vornahme der vertragsmäßig übernommenen Leistungen seine Ehefrau nicht zu Schaden kommen werde.

b) Josef, Von des Mieters Leiden bei einem Wohnungswechsel, BadRpr. 17, 82. Mit dem Abschlusse des Beförderungsvertrags mit dem Fuhrunternehmer, der ihm den Umzug besorgt, verfolgt der Mieter nicht bloß den Zweck unversehrter Beförderung seiner Habe, sondern auch den weiteren Zweck, daß bei dieser Beförderung jede Beschädigung des neuen Vermieters vermieden werde. Er kann folglich von dem Fuhrunternehmer Ersatz auch desjenigen Schadens verlangen, der durch den Einzug dem Vermieter zugefügt ist. Und da er den Vertrag sonach wie im eigenen Interesse, so auch zugleich in dem des Vermieters geschlossen hat, ist er verpflichtet, diesen ihm gegen den Fuhrunternehmer zustehenden Anspruch dem Vermieter abzutreten.

6. KG. 16. 1. 17, KGBl. 17, 46. Der Erfolg, für den der Unternehmer bei dem Lichtreklamevertrag — einem Werkvertrage oder ihm nahestehenden und nach dessen Vorschriften zu beurteilenden Vertrag (WarnE. 13, 172; 16, 77) — einzustehen hat, ist das Leuchten der Reklame, nicht die Wirkung der leuchtenden Reklame auf das Publikum. Wird die Lichtreklame infolge des Kriegs polizeilich verboten, dann erlöschen die Verpflichtungen aus dem Vertrage (siehe auch unten III 2).

7. KG. 13. 2. 14, OLG. 34, 39. Der Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, Reklamebücher an bestimmte Personen, die in ihm übergebenen Listen vermerkt sind, mangels solcher Vermerke aber an kaufkräftiges, möglichst nur in Vorderhäusern in der Nähe gewisser Geschäfte wohnendes Publikum zu verteilen, ist ein Werkvertrag, da er auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtet ist, daß die bezeichneten Personen in den Besitz der Bücher kommen.

8. Hamburg 15. 12. 14 — JDR. 14 II 4 — btr. Theaterabonnement abgedruckt auch: OLG. 34, 46.

9. LG. Konstanz 30. 1. 14, BadRpr. 17, 75. Der Beschälvertrag ist ein Werkvertrag, da gegen das übliche Sprunggeld die Deckung der Kuh, somit die Herstellung eines Erfolges, verlangt wird. Wenn der Unternehmer zur Deckung einen zu schweren Farren verwendet, der sich gewohnheitsmäßig mit seinem ganzen Gewicht auf die Kuh legt, dann verletzt er die durch den Vertrag begründeten Pflichten, da er hätte erkennen müssen, daß ein Farren mit den erwähnten Eigenschaften einmal eine Kuh beschädigen könne.

III. Kriegsrecht. 1. Hamburg 28. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 247. Eine generische Transportleistungsverpflichtung verwandelt sich während des Kriegs nicht dadurch in eine spezielle, daß der Unternehmer dem Besteller einen bestimmten Dampfer benennt. Eine derartige Benennung soll dem Besteller dienen, damit dieser danach seine Dispositionen trifft; sie setzt voraus, daß der Dampfer kurz vor der Ladebereitschaft steht. Davon kann aber unter den gegenwärtigen Umständen, wo ein Ende des Kriegs noch gar nicht abzusehen ist, nicht die Rede sein.

2. KG. 6. 1. 17, R. 17, 268. Wird eine Lichtreklame behördlich während des Kriegs ohne nähere Zeitbestimmung untersagt, so finden nicht die Vertragsbestimmungen über „zeitweise“ Unterbrechungen aus technischen oder sonstigen Gründen Anwendung, sondern

diejenigen über Reklameverbot. Ist das für einen solchen Fall vorgesehene Wahlrecht des Bestellers tatsächlich unmöglich geworden, so wird der Unternehmer frei. Dies gilt selbst dann, wenn das Verbot nach längerer Zeit wieder aufgehoben wird. Denn der Unternehmer muß mit nicht absehbarer Verbotsdauer rechnen und sich danach einrichten.

3. Vgl. Leo, Reklameverträge und Vergeltungsverordnung, RuW. 6, 103, über die Anwendbarkeit der BRVO. v. 16. 12. 16 auf Reklameverträge, die sich auf Feindesland beziehen, sowohl wenn die Verträge auf den eigenen Namen des Deutschen abgeschlossen sind, wie wenn eine Zwischenperson — Deutscher, Feindlicher, Neutraler — die Verträge kommissionsweise im eigenen Namen und für Rechnung des Deutschen abgeschlossen hat, wie wenn der Deutsche für einen festen Preis mit einem Annoncenbureau oder ähnlichen Unternehmen abgeschlossen hat, das dann die einzelnen ausländischen Reklameverträge für eigene Rechnung vereinbart.

§ 632.

1. Rostock 23. 9. 15, OLG. 34, 41. Wer Rat und Dienste eines Gewerbetreibenden, zu welchem er nicht in nahen persönlichen Beziehungen steht, in Anspruch nimmt, muß sich sagen, daß der Gewerbetreibende nur gegen Entgelt leistet. Anders liegt die Sache nur dann, wenn es sich um Ratschläge oder Dienste handelt, die über eine gelegentliche kleine Gefälligkeit nicht hinausgehen. Hiervon abgesehen kommt ein entgeltlicher Vertrag über die Leistung von Diensten und die Entrichtung einer Vergütung zustande.

2. Karlsruhe 11. 2. 15, OLG. 34, 40. Eine Vergütung für die Fertigung von Skizzen für eine Bauplatzeinteilung gilt dann nicht als stillschweigend vereinbart, wenn der Verfertiger bei der Herstellung im wesentlichen zu seinem eigenen Nutzen handelt, z. B. ein eigenes Interesse an der Bauplatzeinteilung hat, weil er nach deren Durchführung und dem Verkaufe der Teilgrundstücke bei deren Bebauung Architektenhonorar zu erlangen die Aussicht hat.

3. Hamburg 8. 7. 14, OLG. 33, 331. Die allgemeine Regel über die Vermutung der Entgeltlichkeit bei Leistungen von Gewerbetreibenden ist nicht unter allen Umständen anwendbar. Es müssen die besonderen Umstände berücksichtigt werden, unter denen der Gewerbetreibende die Verpflichtung zur Leistung der Arbeiten übernommen hat. Befand sich die Bestimmung über die Lieferung von Bauarbeiten durch einen Bauhandwerker zu einem auf dessen Grundstück zu errichtenden Neubau schon unter den Baubedingungen, auf Grund deren der Unternehmer die Bausumme veranschlagt hat, und ist sie dann in den die Leistungen des Unternehmers im einzelnen enthaltenden Bauvertrag übergegangen, ohne daß über eine Vergütung für diese Arbeiten verhandelt und eine Vergütung ausdrücklich festgesetzt ist, dann ist anzunehmen, daß der Bauhandwerker die Arbeiten auf seine Kosten ausführen und dafür keine Vergütung beanspruchen will.

§ 633.

1. **RG.** 22. 5. 16, R. 17 Nr. 1798. Die Lieferung eines durch die Schuld des Unternehmers unbrauchbaren und nicht betriebsfähigen Werks ist keine nur Gewährleistungsansprüche zur Entstehung bringende Erfüllung, sondern steht rechtlich der Nichterfüllung gleich.

2. Colmar 18. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 272. Durch die Garantieklausel, nach der der Unternehmer für die innerhalb einer bestimmten Frist nach Inbetriebsetzung (Abnahme) des Werks hervortretenden Mängel einzustehen hat, werden seine Verpflichtungen, zunächst einmal ein betriebsfähiges und betriebssicheres Werk zu liefern, und die aus der Nichterfüllung dieser Vertragspflicht nach dem Gesetze für den Besteller erwachsenden Rechte nicht berührt. Daß der Unternehmer auch für die eine Inbetriebsetzung des Werks hindernden Mängel nur in der in der Garantieklausel angegebenen beschränkten Art haften soll, ist im Zweifel nicht anzunehmen.

3. Naumburg 28. 9. 12, OLG. 34, 45 Anm. Die Forderung des Bestellers aus § 633 Abs. 3 auf Ersatz der Aufwendungen, die erst entsteht, wenn der Unternehmer mit

der Beseitigung des Mangels im Verzuge ist, und der Besteller den Mangel selbst beseitigt hat, ist anders geartet, als die gewöhnliche, einen Gewährleistungsanspruch darstellende Schadensersatzforderung und deshalb den kurzen Verjährungs- oder „Gewähr"fristen des § 638 nicht unterworfen.

§ 634.

1. Hamburg 30. 3. 15, OLG. 34, 49. Zur Nachlieferung eines anderen, fehlerfreien Werks ist der Unternehmer nicht verpflichtet.

2. Hamburg 14. 6. 15, OLG. 34, 43. Enthält der Vertrag mit einer Behörde die Bestimmung, wenn der Unternehmer wiederholt den Anforderungen der Bauleitung nicht Folge leisten oder wiederholt schlechte Arbeit leisten werde, dann stehe es der Behörde frei, die Arbeit ganz oder zum Teil aus seinen Händen zu nehmen und für seine Rechnung und Gefahr fortsetzen zu lassen, dann setzt die Entziehung der Arbeit durch die Behörde eine Fristsetzung gemäß § 634 nicht voraus; es braucht auch kein Verschulden des Unternehmers vorzuliegen. Andererseits ist die Arbeitsentziehung nicht in die Willkür der Behörde gestellt, sondern es kommt darauf an, ob der Unternehmer grob gegen seine Vertragspflichten verstoßen hat, und ob diese Verstöße das Vertrauen der Behörde in die Fähigkeit oder den Willen des Unternehmers, die Anlage in einer dem öffentlichen Interesse genügenden Weise fertig zu stellen, erschüttern mußten. Ist dem Unternehmer die Arbeit mit Recht entzogen worden, dann muß er sich denjenigen Betrag von seiner vertragsmäßigen Forderung absetzen lassen, den die Behörde für die Fertigstellung der Arbeit hat aufwenden müssen.

3. **RG.** 22. 12. 16, R. 17 Nr. 789. Ohne daß über die Wandlungseinrede entschieden wird, kann dem Unternehmer nicht jeder Anspruch auf Vergütung dauernd aberkannt werden auf Grund von Erwägungen aus der Beurteilung, die dem Gebiete der Einrede des nicht erfüllten Vertrags entstammen und die höchstens zu der Annahme führen können, daß dem Besteller zurzeit die Werkabnahme noch nicht zuzumuten ist.

§ 636.

1. **RG.** 19. 1. 17, R. 17 Nr. 1250, 1251, WarnE. 17, 105. § 636 setzt Verzug und Verschulden des Unternehmers nicht voraus.

2. a) **RG.** 19. 1. 17, R. 17 Nr. 1249, WarnE. 17, 105. Wird eine bestimmt bezeichnete Nachfrist „zum Beginne der Arbeiten" gesetzt, so ist damit zugleich eine angemessene, der Dauer nach erforderlichenfalls durch den Richter zu bemessende Frist zur Fertigstellung des Werks gesetzt.

b) Hamburg 13. 5. 16, OLG. 34, 48. Die Frist aus §§ 636, 634, kann schon vor dem vertragsmäßigen Ablieferungstermin gesetzt werden, wenn sich herausstellt, daß die Arbeit voraussichtlich zum Termine nicht fertig wird; doch darf die dann gesetzte Frist nicht vor jenem Termin ablaufen.

3. a) **RG.** 19. 1. 17, R. 17 Nr. 1250, 1251, WarnE. 17, 105. Steht für den Besteller fest, daß der Unternehmer das Werk innerhalb der ihm gesetzten Nachfrist nicht fertigstellen wird, dann darf er, ohne erst den Fristablauf abwarten zu müssen, den Rücktritt vom Vertrage erklären.

b) Hamburg 13. 5. 16, OLG. 34, 48. Rücktritt des Bestellers ohne Fristsetzung ist nicht angängig, wenn sein Interesse lediglich in der rechtzeitigen Fertigstellung der Arbeiten besteht, und wenn nichts für die Annahme vorliegt, daß er diese nicht erreicht haben würde, wenn er in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise verfahren wäre.

§ 638.

1. a) Hamburg 4. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 241. Arbeiten an Bauwerken sind nicht nur die Arbeiten, die das Bauwerk als Ganzes herstellen, sondern auch solche Arbeiten, die die Herstellung einzelner Teile des Gebäudes bewirken, einerlei, ob der btr. Teil rechtlich als Zubehör oder als Bestandteil zu beurteilen ist. Deshalb sind die der Anlage einer Zentralheizung dienenden Arbeiten Arbeiten an Bauwerken.

b) Kiel 21. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 219. Eine Kohlensäure-Kühlanlage d. h. eine Maschinenanlage mit Röhren, Pumpen und Kaltwasserbehälter, die der Unternehmer nur zu montieren hat, während dem Besteller die Erd-, Maurer-, Zimmer- und sonstigen Nebenarbeiten obliegen, ist kein Bauwerk (**RG.** 51, 64, GruchotsBeitr. 50, 656).

2. Posen 28. 4. 17, PosMSchr. 17, 7. Um die Verjährung des Schadensersatzanspruchs nach § 638 auszulösen, muß der Schaden aus der objektiven Beschaffenheit des mangelhaften Werks sich ergeben und ohne weiteres daraus entstanden sein, ohne daß eine besondere Handlung des Übernehmers des Werks in Frage käme (**RG.** 71, 173); er darf nicht, wenn auch auf der Grundlage der Mangelhaftigkeit des Werks, erst durch den Eintritt nach besonderen Maßnahmen bewirkt werden (**RG.** 64, 34).

3. a) Kiel 21. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 219. Abnahme erfordert nicht, daß der Besteller das Werk ausdrücklich billigt und als endgültige Vertragserfüllung annimmt. Vielmehr reicht es aus, daß er das Werk tatsächlich hinnimmt und in die Lage gebracht wird, die Vertragsmäßigkeit zu prüfen, daß weiter das Werk als Vertragserfüllung gegeben und genommen wird (**RG.** 57, 338, WarnE. 13, 7). Abnahme ist mit einem Vorbehalt wegen Mängelansprüchen verträglich.

b) KG. 13. 2. 14, OLG. 34, 39. In der nach Übernahme der Leistung erfolgenden, wenn auch nur stillschweigenden Erklärung, daß das hergestellte Werk als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkannt werde, ist eine Abnahme des Werks i. S. des § 683 Satz 2 zu finden (**RG.** 57, 338). Besteht das Werk in der Verteilung von Reklamebüchern auf Grund übergebener Listen, dann liegt eine solche Erklärung in der nach Rücklieferung der Listen erfolgenden Bezahlung der vertragsmäßigen Vergütung.

c) KG. 9. 4. 15, OLG. 34, 44. Eine „Abnahme" des Werks ist auch möglich, wenn das Werk in seinen wesentlichen Teilen fertig gestellt ist und nur noch geringfügige Arbeiten fehlen. Sie ist namentlich vorhanden, wenn ein Gebäude trotz Fehlens geringfügiger Arbeiten in der Absicht in Gebrauch genommen wird, es dauernd zu behalten.

4. Hamburg 4. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 241. Hat der Unternehmer für eine bestimmte Zeit Garantie übernommen, dann ist hinsichtlich der Verjährung zu unterscheiden: Ist die Verjährungsfrist kürzer, als die Garantiefrist, dann gilt nach der Absicht der Beteiligten die Verjährungsfrist als auf die Zeitdauer der Garantiefrist verlängert, und als Beginn der Verjährung gilt nicht die Abnahme des Werks, sondern der Zeitpunkt, in dem der Mangel sich zeigt. Geht aber die Verjährungsfrist über die Garantiefrist hinaus, so liegt kein Grund vor, im Wege der Auslegung einen Vertrag auf Verlängerung der Verjährungsfrist oder auf Veränderung des Anfangs der Verjährung anzunehmen.

5. **RG.** 5. 5. 16 — JDR. 15, 5 — btr. Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz gegen einen Rechtsanwalt, auch: HansGZ. 17 Bbl. 192.

§ 640.

1. **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 1985. Daß die Ablieferung des Werks statt an den Besteller selbst an einen dritten Empfänger zu erfolgen hat, macht im allgemeinen die Abnahme des Werks keineswegs unmöglich.

2. Über „Abnahme" siehe § 638, 3.

3. **RG.** 2. 3. 17; 90, 18, JW. 17, 538, R. 17 Nr. 596. Der ganz unzweideutige Wortlaut des § 640 Abs. 2, der nur die in §§ 633 und 634 bestimmten Ansprüche anführt, läßt nicht zu, die Vorschrift auch auf die in § 635 bestimmten Schadensersatzansprüche auszudehnen. Ihm gegenüber kann weder die Entstehungsgeschichte der Vorschrift noch die Berufung auf Treu und Glauben entscheidend in Betracht kommen.

§ 641.

1. **RG.** 22. 12. 16, R. 17 Nr. 809. Die Vorleistungspflicht des Unternehmers besteht in der Herstellung des Werks. Hat er das Werk fertig gestellt, dann kann er als Zug-um-Zug-Leistung gegen Hingabe des Werks die ihm gebührende Vergütung fordern. Bei der

Klage ist es nicht nötig, daß er den Antrag auf Abnahme des Werks und Zahlung der Vergütung stellt. Er kann sich auch auf das Zahlungsbegehen beschränken und es dem Gegner überlassen, eine Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach §§ 320, 322 zu erheben.

2. Hamburg 22. 9. 16, OLG. 34, 45, R. 17 Nr. 39. § 641 geht davon aus, daß die Leistung vertragsmäßig ist. Für den Fall der Mangelhaftigkeit des Werks und für das Recht, deswegen die Vergütung ganz oder teilweise zurückzuhalten, ist aus § 641 nichts zu entnehmen, vielmehr § 320 anzuwenden. Hierbei sind die Verkehrsüblichkeit und die Umstände des Einzelfalls maßgebend. Bei Werken kleineren Umfangs, z. B. Kleidungsstücken, wird der Werklohn nicht eher entrichtet zu werden brauchen, als bis das Werk mangelfrei hergestellt worden ist. Bei Werken großen Umfangs, wie Bauwerken, darf dagegen die Zahlung der ganzen Bausumme nicht verweigert werden, wenn nach der Abnahme noch kleine Mängel abzustellen sind; es darf nur ein Teil wegen der Mängel zurückgehalten werden, und zwar ein reichlicher Betrag; eng an die etwaigen Kosten der Beseitigung durch Dritte braucht sich der Schuldner bei der Bemessung des zurückzuhaltenden Betrags nicht zu halten.

3. **RG.** 22. 12. 16, R. 17 Nr. 788, 789. Wer ein bestelltes Werk endgültig ablehnt, muß seine Einreden gegen die Werklohnklage derart gestalten, daß eine endgültige Regelung möglich wird (**RG.** 58, 174; 69, 381, JW. 06, 333). — Wenn der Besteller den Werklohn nicht vorläufig einbehalten will, sondern die Abnahme des Werks bestimmt und endgültig verweigert, also auf dem Standpunkt steht, daß er weder jetzt noch später zur Abnahme des Werks und zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet sei, dann kommt gegenüber dem Zahlungsverlangen des Unternehmers eine Einschränkung aus § 320 nicht in Frage.

§ 642.

Hamburg 22. 3. 17, LeipzZ. 17, 1011, R. 17 Nr. 1030, SeuffA. 72, 287. Die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 645 schließt den Anspruch aus § 642 nicht aus. § 642 setzt das Bestehen des Vertrags voraus; deshalb kann nach der Kündigung ein Ersatzanspruch wegen Verzögerung für die Zeit nach der erfolgten Kündigung nicht mehr erwachsen. Ein vorher bereits erwachsener Ersatzanspruch kommt aber durch die Kündigung nicht wieder in Wegfall. So gut, wie der Unternehmer, wenn es im Falle des § 642 nicht zur Kündigung, sondern zur Herstellung des Werks kommt, den Anspruch auf die Vergütung neben dem Ersatzanspruch wegen der Verzögerung hat, so hat er, wenn er nur einen Teil des Werks herstellt, einen Anspruch auf Ersatz von Vergütung und Auslagen für den tatsächlich hergestellten Teil des Werks. Nur letzteres wird in § 645 bestimmt, der demnach die Vorschrift des § 642 überall nicht berührt.

§ 643.

Siehe § 645.

§ 644.

Colmar 18. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 272. Die Abnahme eines Bauwerks muß vernünftigerweise nicht durch den der Sachkunde entbehrenden Besteller, sondern durch den bauleitenden Architekten erfolgen. Sie kann nicht in Frage kommen, wenn das Werk noch nicht vollständig fertig ist, und ist ausgeschlossen, wenn der Besteller die Unterschrift der Abnahmeurkunde verweigert, einerlei, was er für Gründe für seine Weigerung angibt.

§ 645.

1. KG. 24. 9. 17, KGBl. 17, 86. § 645 findet auch für den Fall der Aufhebung des Vertrags gemäß § 643 Anwendung. — Eine eigentliche Verpflichtung des Bestellers zur Annahme der Vertragsleistung des Unternehmers besteht nicht, sondern nur die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung. Da diese letztere aber dadurch bedingt ist, daß der Unternehmer das Werk herstellt, so besteht insoweit auch eine Verpflichtung des Bestellers, die ihm obliegende Mitwirkungshandlung zu leisten. Diese Verpflichtung steht zwar nicht unter dem Präjudize, den vollen aus der Unterlassung der Mitwirkung sich ergebenden

Schaden leisten zu müssen, vielmehr wird die Entschädigungspflicht durch die Höhe der vertragsmäßigen Vergütung begrenzt. Mit dieser Begrenzung läßt sich daher sehr wohl von einer Mitwirkungspflicht des Bestellers und dementsprechend von einem in der Unterlassung der Mitwirkung liegenden Verschulden reden.

2. Siehe § 642.

§ 648.

1. Hamburg 13, 12. 13, OLG. 34, 48 Anm. Der Sicherungsanspruch des § 648 setzt voraus, daß der derzeitige Grundstückseigentümer die Arbeiten bestellt hat, und kann nicht gegen den Erwerber geltend gemacht werden, sollte dieser auch durch die Arbeiten, soweit sie nach dem Erwerbe vorgenommen wurden, ohne Grund bereichert sein.

2. München 6. 7. 15, OLG. 34, 47. Ist der Werkvertrag mit der o. HG. abgeschlossen, während das zu bebauende Grundstück im Eigentum eines Gesellschafters steht, dann kann der Unternehmer von diesem Gesellschafter, der ebenfalls als Besteller anzusehen ist, und den die Verpflichtungen der Ges. gemäß § 128 HGB. treffen, Einräumung der Sicherungshypothek auf dessen Grundstücke verlangen.

§ 649.

1. **RG.** 23. 2. 17, R. 17 Nr. 810. Die Bestimmung des Vertrags, daß bei Unterbrechung oder völliger Einstellung des Baues nur die wirklich geleistete Arbeit vergütet werden solle, kann dahin ausgelegt werden, daß der Besteller auch bei dem Aufgeben der Bauaufsicht schon vor Baubeginn ebenfalls nur die wirklichen Arbeitsleistungen zu entschädigen habe.

2. Hamburg 11. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 84. Bei Minderarbeiten ist § 649 anwendbar; der Unternehmer kann daher zwar den vollen Lohn beanspruchen, muß sich aber anrechnen lassen, was er erspart hat.

§ 650.

Hamburg 26. 2. 16, OLG. 34, 47. Wenn der Unternehmer dem Besteller im Anfang der Arbeiten sagt, diese könnten wohl eine bestimmte Summe kosten, dann ist dies kein Kostenanschlag i. S. des § 650, sondern eine ganz allgemeine Veranschlagung, die unverbindlich ist.

§ 651.

1. KG. 24. 4. 14, OLG. 34, 49. Katalogmäßige Maschinen sind regelmäßig vertretbar im Sinne des § 651. Ihre Vertretbarkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in unwesentlichen Punkten Abweichungen vom Preisverzeichnisse erfolgen, daß einzelne Maschinenteile nach Zeichnungen angefertigt werden, daß eine besondere Leistungsfähigkeit der Maschine zugesichert wird, und daß diese Leistungsfähigkeit für die von dem Besteller verwendeten besonderen Stoffe durch Proben festgestellt werden soll. Nur Abweichungen von dem Typ des Preisverzeichnisses, die andere als nebensächliche Punkte betreffen, sind geeignet, dem Gegenstand als ganzen einen individuellen Charakter zu verleihen.

2. *Hoeniger, Gemischte Verträge I 367ff. Ein Vertrag, auf den die Regeln des Kaufes restlos Anwendung finden, ist auch ein Kauf. Wer sich verpflichtet, herzustellen, schließt einen Arbeitsvertrag und ist nicht bloß Verkäufer. Der § 651 Abs. 1 Satz 1 hat nur den Sinn einer Auslegungsregel. Wenn von den Parteien von der Herstellung vertretbarer Sachen gesprochen wird, so ist in den meisten Fällen gar nicht die Verpflichtung zur Herstellungsarbeit gemeint, sondern nur die Verpflichtung zur Leistung der hergestellten Sache. Wo wirklich die Leistung der Herstellungsarbeit Vertragsinhalt ist, kann auch bei vertretbaren Sachen niemals ein bloßer Kaufvertrag vorliegen.

Achter Titel. Mäklervertrag.

§ 652.

1. KG. 8. 10. 14, OLG. 34, 50. An der rechtlichen Natur eines Vertrags als Mäklervertrags, bei dem die Voraussetzungen des § 652 im übrigen vorliegen, wird dadurch nichts

geändert, daß der Auftraggeber sich für eine bestimmte Zeit bindet und im Falle des Widerrufs während dieser Zeit die Zahlung des Mäklerlohns verspricht, und daß er sich zur Zahlung gewisser Beträge unbedingt verpflichtet. Der Inhalt eines solchen Vertrags ist auch nicht sittenwidrig.

2. a) **RG.** 7. 11. 16, JW. 17, 101, R. 17 Nr. 1403. Läßt sich der Käufer die Dienste des Mäklers des Verkäufers gefallen, so entsteht hieraus regelmäßig kein Vertragsverhältnis, es sei denn, daß für den Käufer erkennbar ist, der Mäkler wolle auch ihm Mäklerdienste leisten und erwarte auch von ihm eine Vergütung (JW. 05, 138).

b) Darmstadt 30. 12. 16, HessRspr. 18, 31. Die Vertragspartei, die sich gefallen läßt, daß ein Mäkler ersichtlich für sie als Vermittler tätig wird, erteilt dadurch dem Mäkler stillschweigend den Auftrag zur Vermittlung. Voraussetzung ist aber, daß der Mäkler ersichtlich für die Partei vermittelt und vermitteln will. Daher liegt in der Hinnahme der Vermittlungstätigkeit des Mäklers durch einen Vertragsteil dann noch kein stillschweigender Vermittlungsauftrag dieses Vertragsteils, wenn die Vermittlungstätigkeit des Mäklers sich als eine solche darstellt, die im Auftrage des Vertragsgegners erfolgt. In solchem Fall kann in der Hinnahme der Vermittlungstätigkeit durch die andere Vertragspartei ein stillschweigender Auftrag nur dann gefunden werden, wenn von dem Mäkler mit der erforderlichen Deutlichkeit kundgegeben ist, daß er als Beauftragter dieser Partei vermittle und vermitteln wolle. Ein Ortsgebrauch, nach dem der Mäkler als von beiden Teilen beauftragt gilt, hat nicht die Bedeutung eines Gesetzes, sondern nur die Bedeutung eines Hilfs- und Auslegungsmittels bei Prüfung der Frage, ob ein stillschweigender Auftrag mit der Vermittlung vorliegt.

3. **RG.** 9. 10. 17, R. 17 Nr. 1986. Den Mäkler trifft die Beweislast für das Versprechen eines Mäklerlohns, das neben der Vermittlung Voraussetzung für den Anspruch auf diesen ist; er muß also auch die Unbedingtheit des Versprechens beweisen, wenn der Auftraggeber behauptet, der Provisionsanspruch sei von der Ausführung des Vertrags und der Bezahlung des Kaufpreises abhängig gemacht (**RG.** 68, 306).

4. Rostock 22. 10. 15, SeuffA. 72, 119. Der Widerruf des Vermittlungsauftrags vermag dem Mäkler seinen Provisionsanspruch nicht zu entziehen, wenn der nach dem Widerruf erfolgte Vertragsschluß doch auf die Tätigkeit des Mäklers, wenn auch nicht als die einzige oder hauptsächliche Ursache zurückzuführen ist. In einem solchen Falle ist unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände zu prüfen, ob nicht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluß des Geschäfts dennoch besteht.

5. a) **RG.** 27. 10. 16, LeipzZ. 17, 190. Um einen Provisionsanspruch zu begründen genügt nicht jede beliebige Tätigkeit des Vermittlers, die nur irgendwie das Zustandekommen des Vertrags gefördert hat, sondern es muß eine vermittelnde Tätigkeit vorliegen, und diese setzt notwendig voraus, daß der Vermittler, sei es persönlich oder durch andere Personen, auf den Vertragsgegner seines Auftraggebers eingewirkt hat (JW. 16, 738). Deshalb kann derjenige, der die auf dem Grundstück eines anderen lastenden Hypotheken geregelt und dadurch dem anderen die Aufnahme eines für den Abschluß eines Kaufvertrags über das Grundstücks erforderlichen Bankkapitals ermöglicht hat, nicht Mäklerlohn für das Zustandebringen des Kaufvertrags fordern.

b) **RG.** 1. 11. 16, LeipzZ. 17, 190. Aus demselben Grunde kann Mäklerlohn nicht verlangt werden, wenn sich die Tätigkeit des Maklers nur darauf beschränkt, daß er einem anderen bei dessen Bemühungen, einen Lieferungsauftrag zu erlangen, mit Rat und Tat Beistand geleistet hat, ohne hierbei zu der den Lieferungsauftrag erteilenden Person in Beziehungen zu treten.

c) **RG.** 6. (26.) 3. 17, GruchotsBeitr. 61, 642, JW. 17, 538, LeipzZ. 17, 792, Pos.-MSchr. 17, 7, R. 17 Nr. 811. Zur Vermittlertätigkeit i. S. des § 652 gehört nicht, daß der Vermittler seinem Auftraggeber mit Rat und Tat zur Seite stehen und ihm zum Abschlusse des Vertrags raten muß. Vermittlertätigkeit liegt vielmehr schon dann vor, wenn

der Vermittler auf Grund des ihm schriftlich erteilten Auftrags mit dem anderen Teile verhandelt und diesen zum Vertragsschlusse veranlaßt. Eine weitere Verhandlung mit dem Auftraggeber, als sie in der Erteilung und der Entgegennahme des Auftrags liegt, ist begrifflich nicht erforderlich und in vielen Fällen ebensowenig nötig zur Herbeiführung des Erfolgs, wie der Versuch, den Auftraggeber und den anderen Teil einander zu nähern. Der Vermittler hat den abgeschlossenen Vertrag, durch den ein Dritter sich verpflichtet hat, das Gut des Auftraggebers in Verkaufsauftrag zu nehmen, „vermittelt", wenn er den Auftrag hatte, den Verkauf des Guts zustande zu bringen, den Dritten zur Besichtigung des Guts veranlaßt und später dessen Vorschlag, das Gut nur in Verkaufsauftrag zu nehmen, dem Auftraggeber übermittelt hat.

6. Marienwerder 29. 10. 10, OLG. 34, 50 Anm. Das „Besorgen" eines Käufers geht im allgemeinen weiter als der bloße „Nachweis" eines solchen; der Mäkler soll noch auf den Kauflustigen zugunsten des Verkäufers zwecks Abschlusses des Geschäfts einwirken. Es liegt daher in der Regel eine Unterart der in § 652 erwähnten „Vermittlung" vor, bei der an die zu entwickelnde vermittelnde Tätigkeit des Mäklers jedoch geringere Anforderungen gestellt werden.

7. Rostock 23. 9. 15, OLG. 34, 41. Wenn sich ein Eigentümer, der sein Grundstück verkaufen will, von einem Grundstücksmäkler in der Verkaufsangelegenheit Rat erteilen und Dienste leisten läßt, die nicht als Vermittlertätigkeit anzusehen sind, so ist dies Verhalten nach Treu und Glauben so auszulegen, als wolle er dem Mäkler eine Vergütung zahlen, und daß der Mäkler die Dienste nur in der Annahme leistet, der Eigentümer werde dafür eine Vergütung zahlen.

8. Braunschweig 10. 3. 14, OLG. 34, 53. Bei der Vermittlung eines Grundstücksgeschäfts ist die Vergütung verdient, wenn der Vertrag in der Form des § 313 abgeschlossen ist; Auflassung und Eintragung sind nur dann erheblich, wenn durch sie der Mangel der Form geheilt wird.

9. Hamburg 13. 12. 16, R. 17 Nr. 375. Bei Vermittlung eines Kaufvertrags mit der Bestimmung „auf Besicht; Besicht und Entscheidung im Laufe des heutigen Tages" ist der Mäklerlohn nicht verdient, wenn der Käufer sich im Laufe des Tags nicht erklärt.

10. Braunschweig 10. 3. 14, OLG. 34, 53. Ist vereinbart, daß die Vergütung „am Tage der Anzahlung" durch den Vertragsgegner des vermittelten Geschäfts „fällig" sei, so kann darin die bloße Bestimmung eines Fälligkeitstermins, aber auch die Setzung einer Bedingung liegen. Welches von beiden der Fall ist, ist Tatfrage.

11. Hamburg 13.12.16, HansGZ. 17 Hbl. 116, SeuffA. 72, 118. § 652 Abs. 1 Satz 2 ist nachgiebiger Natur; daß das Gegenteil ausdrücklich vereinbart sei, ist aber aus der Vertragsklausel „Courtage 1%" nicht zu entnehmen, da diese nur die Höhe der Courtage bestimmt, ohne festzusetzen, daß diese unbedingt geschuldet sei.

12. Hamburg 27. 6. 16 — JDR. 15, 5c — btr. Mäklerlohn für bedingte Geschäfte, auch: OLG. 34, 52.

13. **RG.** 13. 10. 16, BayRpflZ. 17, 21, JW. 16, 1585, LeipzZ. 17, 121, R. 16 Nr. 2085, WarnE. 17, 123. Eine Vereinbarung, daß der Anspruch auf den Mäklerlohn noch von anderen Voraussetzungen, wie dem Zustandekommen des Vertrags, abhängig sein soll, insbesondere von der Ausführung des Vertrags, ist zulässig. Bei solcher Vereinbarung steht es im Ermessen des Geschäftsherrn, soweit sein Verhältnis zu dem Mäkler in Frage kommt, ob er den Vertrag ausführen will; er hat in dieser Beziehung freie Hand, und er handelt deshalb nicht arglistig, wenn er die Ausführung unterläßt.

14. Hamburg 9. 6. 15, OLG. 34, 51. Ist vereinbart, daß der Mäkler seine Vergütung erst erhalten soll, wenn der Käufer des vermittelten Geschäfts den Kaufpreis gezahlt hat, dann muß der Auftraggeber den Mäkler so stellen, als ob die Bezahlung erfolgt wäre, wenn er diese vereitelt hat. Eine solche Vereitelung liegt aber nicht vor, wenn er die Ware dem Käufer ordnungsmäßig angedient, dann eine Nachfrist nach § 326 gesetzt und erst nach deren Ablauf die Ware anderweitig verwertet hat. Zur Führung eines Prozesses

auf Abnahme der Ware und Bezahlung des Kaufpreises nur, damit dem Mäkler ein Gewinn zufließe, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet.

15. a) Kiel 12. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 210. Der Auftrag zur „alleinigen" Vermittlung kann schon die Widerruflichkeit des Auftrags ausschließen, namentlich dann, wenn die Übertragung für eine bestimmt begrenzte Zeit erfolgt. Dagegen ist der Ausschluß des Widerrufs nicht anzunehmen, wenn es sich um einen größeren städtischen Grundbesitz handelt, der allmählich in Trennstücken veräußert werden soll, und zwar auch dann nicht, wenn die alleinige Vermittlung ausdrücklich „für die Zeitdauer der gänzlichen Durchführung der Verwertungen" dem Mäkler übertragen ist.

b) Rostock 13. 4. 17, MecklZ. 35, 367. Derjenige, der einem Mäkler den Alleinverkauf überträgt oder das Kaufobjekt fest an die Hand gibt, übernimmt damit die Verpflichtung, von einem anderen Verkauf als einem solchen, der ihm von dem Mäkler vorgeschlagen wird, Abstand zu nehmen. Das gilt nicht nur, wenn der Alleinverkauf für bestimmte Zeit übertragen ist, für diesen Zeitraum, sondern auch für eine ohne zeitliche Beschränkung erteilte Zusage für einen nach der Verkehrssitte und billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände festzusetzenden Zeitraum (JW. 05, 339.)

16. Rostock 13. 4. 17, MecklZ. 35, 367. Der Anspruch des Mäklers auf Zahlung des Mäklerlohns als unmittelbare vertragliche Leistung ist mangels anderweitiger Beredung auch dann, wenn der Auftraggeber auf das Widerrufsrecht verzichtet und sich verpflichtet hat, nicht ohne Zuziehung des Mäklers abzuschließen, durch den Erfolg der Tätigkeit des Mäklers, das Zustandekommen des Geschäfts infolge der Nachweisung oder Vermittlung desselben, bedingt (**RG.** 76, 361). Handelt der Auftraggeber dieser Verpflichtung zuwider, dann kann der Mäkler Schadensersatz in Höhe der ihm zugesagten Provision als entgangenen Gewinn beanspruchen, sofern er beweist, daß er dem Auftraggeber eine zum Abschluß des Geschäfts unter sachgemäßen Bedingungen bereite und fähige Person gestellt haben würde, wenn ihm nicht durch den Selbstabschluß des Auftraggebers die Möglichkeit zu erfolgreicher weiterer Tätigkeit entzogen worden wäre.

17. Braunschweig 10. 3. 14, OLG. 34, 53. Der Mäkler ist zur Wahrung der Mäklertreue verpflichtet und verletzt sie, wenn er die Mitteilung ihm bekannt gewordener, wesentlicher Umstände unterläßt, deren Kenntnis geeignet ist, auf die Entschließung des Auftraggebers einzuwirken und diesen vom Vertragsschlusse abzuhalten (WarnE. 08, 38, JW. 10, 284, DJZ. 12, 515). Ein solcher Umstand ist regelmäßig die Zahlungsunfähigkeit des Käufers. Die Pflicht, besondere Erkundungen über die Zahlungsfähigkeit des Vertragsgegners anzustellen, liegt ihm aber nur ob, wenn und soweit sie sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt.

18. KG. 8. 10. 14, OLG. 34, 50. Da der Auftraggeber das ihm angetragene Geschäft ohne Angabe von Gründen ablehnen darf, kann dem Mäkler kein Ersatzanspruch nach § 324 daraus erwachsen, daß ihm seine Vermittlertätigkeit durch Verhalten des Auftraggebers unmöglich gemacht wird, zumal er zur Entfaltung irgendeiner Tätigkeit nicht verpflichtet ist.

§ 656.

München 9. 2. 14, OLG. 34, 54. Ist der Mäkler mit der Beschaffung einer vermögenden Frau beauftragt, dann ist der typische Fall des Heiratsvermittlungsauftrags gegeben. § 656 trifft auch zu, wenn die Eheschließung dem Auftraggeber nur das Mittel zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks ist. Der DJZ. 04, 1144 entschiedene Fall liegt tatsächlich anders.

Zehnter Titel. Auftrag.

§ 662.

1. **RG.** 20. 1. 17, BankA. 16, 330, BayRpflZ. 17, 188, GruchotsBeitr. 61, 792/8, WarnE. 17, 177/80. Der einer Bank erteilte Auftrag, zu Lasten des Auftraggebers einen

Geldbetrag an einen Dritten zu zahlen, hat in der Regel lediglich die tatsächliche Aushändigung des Geldes an den Dritten zum Gegenstand. Für die Wirksamkeit der Zahlung braucht die Bank nicht einzustehen.

2. **RG.** 11. 5. 17; 90, 211. Ein Auftrag kann dahin erteilt werden, alle Maßnahmen innerhalb einer bestimmten Angelegenheit im Interesse des Auftraggebers vorzunehmen, mögen sie auch im einzelnen im Auftrag nicht aufgeführt sein oder überhaupt erst nachträglich sich als sachgemäß erweisen. Dies gilt insbesondere von der Forderung auf Sicherheitsbestellung und Überwachung ihrer Erfüllung durch einen Gläubigervertreter.

3. Josef, Hilferufe in Kriegsnöten und der Schutzmann als rechtsgeschäftlicher Vertreter, KGBl. 17, 1, 10. Der Auftrag ist eine Willenserklärung, d. h. gerichtet auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges. Erstrebt eine abgegebene Erklärung nur die Beseitigung eines bestehenden tatsächlichen Zustands, so ist sie keine Willenserklärung, kein Antrag zu einem Vertragsschluß, und erzeugt folglich keine Verpflichtungen des Erklärenden. Das gilt z. B. von dem Hilferufe des in Lebensgefahr befindlichen. Folglich kommt zwischen ihm und dem, der die Aufforderung befolgt, die Rettung versucht, kein Auftragsvertrag zustande. Deshalb ist auch eine Haftung des in Lebensgefahr Befindlichen für den Schaden, den der um Rettung Gebetene hierbei erleidet, nicht begründet. Gestattet aber der Einzelfall die Annahme, daß ein Auftragsvertrag rechtswirksam zustande gekommen ist, so kann die Auslegung geboten sein, daß der Auftraggeber sich bereit erklärt zum Ersatze des dem Beauftragten durch die Ausführung naheliegend drohenden Schadens.

§ 664.

Siehe § 675, 2.

§ 666.

Hamburg 28. 4. 15, OLG. 34, 55. Aus § 666 ist die Beweispflicht des Beauftragten über pflichtgemäße Ausführung des Auftrags, also eine Entlastungspflicht, zu folgern (**RG.** 20, 269). **RG.** 76, 186 steht wenigstens insoweit nicht entgegen, als es sich um die Anwendung des § 666 auf einen Werkvertrag handelt, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat.

§ 667.

Hamburg 16. 3. 14, BauersZ. 24, 105, OLG. 34, 57. Die streitige Frage, ob der Beauftragte das „aus der Geschäftsbesorgung" erhält, was ihm von einem Dritten für sich persönlich und nicht mit der Bestimmung zugewendet wird, daß es dem Auftraggeber zufließen soll, wird allgemein nicht entschieden. Es kommt wesentlich darauf an, ob eine so enge Wechselbeziehung zwischen der Geschäftsbesorgung und den Zuwendungen besteht, daß gesagt werden muß, der Geschäftsführer habe die Zuwendungen „aus der Geschäftsbesorgung" erlangt. Das ist aber dann der Fall, wenn einem Angestellten von einem Dritten eine Entlohnung für eine dienstliche Tätigkeit gewährt wird, die er für den Dienstberechtigten ausübt. Ob unlautere Beweggründe zugrunde liegen, ist unerheblich. Es genügt, daß eine derartige Möglichkeit nicht von der Hand gewiesen werden kann. Ebensowenig kommt es darauf an, ob der Dritte mit Rücksicht auf die Zuwendung geringwertigere Leistungen an den Dienstberechtigten macht.

§ 670.

1. Stuttgart 21. 11. 16, R. 17 Nr. 192. Die Kosten eines unnötigen Rechtsstreits, den er von vornherein als aussichtslos erkennen mußte, kann der Beauftragte von dem Auftraggeber nicht ersetzt verlangen.

2. Hamburg 1. 11. 16, JW. 16, 1591, OLG. 34, 11. Wenn der Liebhaber die Frauensperson, mit der er ein „Verhältnis" hat, deren Unterhalt er bisher bestritten, und für die er seither selbst eine Wohnung gemietet hatte, veranlaßt, jetzt selbst als Mieterin der Wohnung aufzutreten, während er für ihre Verpflichtung aus dem Mietsverhältnis die selbstschuldnerische Bürgschaft übernimmt, so beauftragt er sie mit der Mietung der Wohnung.

Aus diesem Auftrage ergibt sich seine Verpflichtung, die Mieterin von der Miete freizuhalten oder ihr ausgelegte Beträge zu erstatten.

3. Breslau 8. 6. 14, OLG. 34, 139. Der Auftraggeber haftet nicht für den Schaden, den der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags erleidet (GruchotsBeitr. 53, 975).

§ 671.

RG. 14. 12. 16, LeipzZ. 17, 389, PosMSchr. 16, 116, R. 17 Nr. 1018. Hat der Beauftragte einem Dritten einen dem Widerruf unterliegenden Auftrag oder eine widerrufliche Vollmacht erteilt, dann hat der Widerruf seines Auftrags die Wirkung, daß er diese von ihm getroffene Verfügung rückgängig zu machen und auf den Machtgeber zurückzuübertragen hat. Wird der Auftrag zur Einziehung einer Forderung von dem Machtgeber widerrufen, der in der Rechtsform der Abtretung der Forderung an den Beauftragten gekleidet war, so hat dieser Widerruf zunächst nicht auch das Erlöschen der Abtretung zur Folge; er erzeugt nur die persönliche Verpflichtung des Geschäftsbesorgers, die Forderung an den Machtgeber zurückabzutreten. Dem Schuldner, der den Widerruf des Auftrags kennt, steht aber die Einrede der Arglist gegen den Zessionar zu, der trotz geschehenen Widerrufs eine ihm im Auftragsverhältnisse übertragene Forderung noch geltend macht (**RG.** 39, 166; 53, 416).

§ 675.

1. Hamburg 28. 4. 15, OLG. 34, 55. Die Geschäftsbesorgung kann auch aus rein tatsächlichen Verrichtungen bestehen (vgl. **RG.** 65, 18).

2. Colmar 11. 12. 16, ElsLothZ. 17, 338, Deckung einer Stute als Werkvertrag.

3. Kiel 2. 11. 15 — JDR. 15, 1 — btr. Ausführung des einer Bank erteilten Überweisungsauftrags, auch: BankA. 16, 214, OLG. 34, 56.

4. Süßer, BayRpflZ. 17, 353 behandelt die Geschäftsbesorgung nach Ableben von Kriegsbeteiligten, insbesondere die dem beauftragten Vertreter nach dem Ableben noch zustehenden Rechte, und zwar sowohl in den Regelfällen, wie bei formbedürftigen Rechtsgeschäften.

5. Vgl. auch zu § 1025 ZPO.

§ 676.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 26. 2. 17, BankA. 16, 342, LeipzZ. 17, 793, R. 17 Nr. 822, WarnE. 17, 166. Der um Auskunft über einen Dritten Angegangene braucht seine eigenen Geschäftsbeziehungen zu diesem nicht zu enthüllen. Oft ist er dazu gar nicht berechtigt, aber auch nicht verpflichtet, deshalb die Auskunft überhaupt abzulehnen, was meist Vorurteil und Mißtrauen erwecken wird. Seine Auskunft muß der Wahrheit in der Weise entsprechen, daß der Anfragende nicht der Sachlage zuwider zur Eingehung von Geschäften aufgemuntert wird. Der Auskunft Erteilende darf wissentlich nichts Unwahres berichten und keine irreführenden Angaben machen. — Hierzu Nord, BankA. 17, 7.

2. Braunschweig 8. 5. 14, OLG. 34, 61. Wie es keine schrankenlose Kreditfähigkeit gibt, so ist verständigerweise jede Auskunft über den Kredit nur relativ zu verstehen, sei es, daß die angemessene Höhe aus den begleitenden Umständen zu entnehmen ist, sei es, daß ein einzelnes bestimmtes Kreditgeschäft die ziffernmäßige Begrenzung ohne weiteres ergibt. Erkundigung und Auskunft erlangen ihren rechtlichen Gehalt erst durch Verbindung mit der Erwähnung des Zwecks der Anfrage. Losgelöst davon liegt nichts weiter vor, als eine für die Rechtsordnung gleichgültige Unterhaltung.

3. **RG.** 7. 11. 16, JW. 17, 101. Daß die Auskunft in einem Urteile besteht, schließt die Annahme einer vertragsmäßigen Übernahme der Haftung nicht aus, wenn das Urteil einer objektiven Nachprüfung zugänglich ist und der Anfragende von ihm annehmen darf, daß der Auskunfterteilende es auf Grund ausreichender tatsächlicher Unterlagen ge-

wonnen hat. Nur wenn die Äußerung ein rein subjektives, sachlich nicht nachprüfbares Werturteil enthält, wird eine vertragliche Haftung nicht begründet.

4. **RG.** 8. 1. 17, BankA. 16, 215, BauersZ. 24, 141, JW. 17, 285, R. 17 Nr. 397. War die erteilte Auskunft objektiv wahr, nachträglich sind aber Änderungen in der Vermögenslage eingetreten und dem Auskunfterteilenden bekannt geworden, dann ist der Auskunfterteilende nicht verpflichtet, hiervon dem Auskunftempfänger Mitteilung zu machen. War die Auskunft dagegen, wenn auch in gutem Glauben abgegeben, objektiv unwahr, und nachträglich wird dem Auskunfterteilenden die Unwahrheit seiner Auskunft bekannt, dann kann es ein sittliches Gebot sein, dem Auskunftempfänger mitzuteilen, daß die Auskunft unrichtig war; in dieser Beziehung müssen die Umstände des einzelnen Falls entscheiden, namentlich wird von Bedeutung sein die Größe des Schadens, der dem Empfänger der Auskunft infolge der objektiv zu Unrecht erteilten günstigen Auskunft erwachsen kann. Die Anwendung des § 826 auf einen solchen Fall setzt allerdings voraus, daß der Auskunfterteiler, sobald ihm jene Umstände bekannt werden, sich auch der Erteilung der Auskunft erinnert.

II. Einzelfälle.

1. Bankier. a) **RG.** 30. 10. 16 — btr. Haftung einer Bank für Arglist bei Erteilung von Auskünften über ihre Kunden — JDR. 15, 1b — auch: BankA. 16, 93, BauersZ. 24, 81, JW. 17, 36, LeipzZ. 17, 406, R. 17 Nr. 41, 52. — Zustimmend: Hachenburg, JW. 17, 36; vgl. auch Nord, BankA. 17, 7.

b) **RG.** 8. 1. 17, BankA. 16, 215, BauersZ. 24, 124, JW. 17, 285, R. 17 Nr. 402. Wenn es auch keine gewerbliche Pflicht eines Bankhauses ist, Auskunft zu erteilen, so können doch Auskunfterteilungen zu den geschäftl. Gepflogenheiten einer Bank, also zu ihren handelsbräuchl. Verrichtungen gehören. — Hierzu: Hachenburg, JW. 17, 285 und Nord, Zur Frage der Haftung der Banken für Kreditauskünfte über ihre Kunden. BankA. 17, 6.

c) **RG.** 3. 11. 16, BankA. 16, 158, R. 17 Nr. 1034. Nicht bei jedem Verkauf von Wertpapieren, den ein Bankier innerhalb seines Gewerbebetriebs vornimmt, steht er in dem Verhältnisse eines Beraters oder sonst in einem besonderen Vertrauensverhältnisse zu dem kaufenden Kunden, auch dann nicht immer, wenn der Kunde ein Privatmann ist. Ob dieser Fall vorliegt, hängt vielmehr von den jeweiligen Umständen ab.

d) **RG.** 5. 1. 17, R. 17 Nr. 1035. Ein Bankier ist beim Verkauf von Kuxen nicht verpflichtet, auf die Zubußenfrage den Käufer aufmerksam zu machen, wenn er annehmen darf, daß der Käufer mit dem Zubußenwesen vertraut ist.

e) Braunschweig 8. 5. 14, OLG. 34, 61. Erteilt der Bankier bei dem Erwerb eines Wechsels durch Wechseldiskont auf Anfrage Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Akzeptanten, so tut er dies nicht, um vertragliche Dienste zu leisten, sondern ohne innere Beziehung zu dem durch die Wechseldiskontierung geschaffenen Rechtsverhältnisse; er haftet deshalb für diese Auskunft nicht vertraglich. Die Sache liegt anders, als wenn er einen Kunden bei dem Ankauf von Wertpapieren oder bei sonstiger Anlegung von Kapitalien berät.

f) **RG.** 21. 1. 15, OLG. 34, 60 Anm. Der Bankier, der befragt über die „Bonität und Vertrauenswürdigkeit" des X antwortet, er nehme keinen Anstand, diesem größeren Kredit zu gewähren, das Geschäft X sei Vertrauenssache, handelt nicht schuldhaft, auch wenn er dem X nur gedeckten Kredit gewährt hatte. Letzteres braucht er nicht anzugeben, denn die Schlußworte seiner Auskunft weisen auf den bloßen Personalkredit hin, und dieser Hinweis ist geeignet und bestimmt, das „Geschäft X" als ein gewagtes zu kennzeichnen.

g) Nord, Zur Frage der Haftung der Banken für Kreditauskünfte über ihre Kunden, BankA. 17, 6, ergänzt die Ausführungen Jacusiels — JDR. 14 I 2 — an der Hand einiger neuer Entscheidungen des RG.

h) **RG.** 8. 1. 17, R. 17 Nr. 396. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein

Bankdirektor auf die Mitteilung eines Anfragers über die Auskunft eines Filialleiters über einen Kunden darüber schweigt, daß dieser zur Erteilung der Auskunft nicht berechtigt war. Um einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen zu können, müßte er mindestens Anlaß gehabt haben, an der Richtigkeit der Auskunft, wie sie ihm mitgeteilt war, zu zweifeln.

i) **RG.** 18. 9. 16, BayerZ. 24, 113, WarnE. 17, 126. Ein von einer Bank einem Angestellten, der Unterschlagungen begangen hat, ausgestelltes Zeugnis des Inhalts, der Angestellte habe sich als ein im Bankfach routinierter und kenntnisreicher Mann erwiesen, sein Austritt erfolge auf seinem Wunsch, bezeugt dessen Ehrlichkeit geradezu. Hat die Bank bei der Ausstellung des Zeugnisses die Unterschlagungen gekannt, dann verstößt die Ausstellung dieses Zeugnisses gegen § 826. — Vgl. hierzu Dresden 15. 3. 16, SeuffA. 72, 315.

2. **RG.** 7. 11. 16, DJZ. 17, 517, JW. 17, 101, R. 17 Nr. 1404. Fragt der Käufer bei den Vertragsverhandlungen den Mäkler des Verkäufers wiederholt, ob der Verkäufer Vertrauen verdiene, und ob er das Kaufgeld an diesen überweisen lassen könne, ohne die Ware anzusehen, dann läßt er den Mäkler nicht im Zweifel darüber, daß die begehrte Auskunft für seine Entschließung über die Eingehung des Lieferungsvertrags und die Zahlung des Kaufpreises von ausschlaggebender Bedeutung sei, und daß er einen Aufschluß erwarte, für dessen Zuverlässigkeit der Mäkler bei gewissenhaftem und redlichen Verhalten einstehen könne, und er bringt ihm damit zum Bewußtsein, daß er die Auskunft nicht in dem Sinne einer unverbindlichen Gefälligkeit erbitte, daß der Mäkler vielmehr für die Richtigkeit seiner Mitteilung, wenn auch nicht unbedingt, so doch in den Grenzen der Haftung für eine sorgfältige und ehrliche Handlungsweise die Verantwortung tragen müsse. Beantwortet hierauf der Mäkler die an ihn gerichteten Fragen, so übernimmt er dadurch die ihm angesonnene Gewähr für seine Auskunft.

3. Hamburg 19. 10. 15, OLG. 34, 63. Der Liquidator einer Firma, der einem Dritten auf Anfrage Auskunft darüber erteilt, wie viel sich bei der Liquidation für einen der Teilhaber der Firma voraussichtlich ergeben wird, haftet für diese Auskunft nicht vertraglich. Der **RG.** 52, 365 entschiedene Fall liegt tatsächlich anders.

4. Hamburg 27. 2. 14, OLG. 34, 60. Der RA. haftet für die Auskunft über die Persönlichkeit eines Dritten, die er auf Grund seiner eigenen geschäftlichen Erfahrungen mit diesem erteilt, dem Auftraggeber nicht auf Grund des Vertrags. Denn insoweit will er sich nicht als RA. betätigen, und dies ist auch dem Auftraggeber zum Bewußtsein gelangt.

5. Hamburg 27. 2. 14, OLG. 34, 60. Daß derjenige, der einem anderen eine dritte Person empfiehlt, sich gefallen lassen müsse, für diese Empfehlung wie aus einem Vertrage haftbar gemacht zu werden, weil seine Empfehlung eine zur Vorbereitung eines Rechtsgeschäfts vorgenommene Handlung sei (vgl. **RG.** 27, 121), kann man nur sagen, wenn das Rechtsgeschäft zwischen dem Geber und Nehmer der Empfehlung abgeschlossen werden soll.

III. Hamburg 1. 2. 15, OLG. 34, 60. Ist vereinbarungsgemäß „jegliche" Haftung für die Auskünfte ausgeschlossen, dann soll, wenn das Gesetz (§ 276 Abs. 2) den Ausschluß nach gewissen Richtungen nicht anerkennt, die Haftung doch soweit als ausgeschlossen gelten, als es gesetzlich (§ 278) zulässig ist.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 677.

1. Hamburg 25. 2. 14, OLG. 34, 65. Wesentliche Voraussetzung der Geschäftsführung ist, daß der Handelnde den Willen, für einen anderen tätig zu sein, nicht nur offenbart, sondern auch wirklich hat.

2. Dresden 4. 1. 17, SeuffA. 72, 233. Die unter Beobachtung der üblichen Formen in der Markthalle bewirkte Versteigerung der von dem Käufer beanstandeten Ware ist

als Geschäftsführung ohne Auftrag für den Verkäufer verbindlich, wenn sonst die Versteigerung durch die Eisenbahnverwaltung unter erfahrungsgemäß ungünstigeren Umständen stattgefunden hätte, die Ware dem Verderben ausgesetzt gewesen ist und der Verkäufer der ihm angedrohten Versteigerung nicht widersprochen hat.

3. Erdal, Der Anspruch des Stellenbewerbers auf Erstattung der Vorstellungsreisekosten, GewuKfmG. 23, 24. Falls eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Kostenerstattung nicht vorliegt, läßt sich der Erstattungsanspruch auch aus dem Gesichtspunkt der nützlichen Geschäftsführung nicht begründen.

§ 683.

KG. 19. 6. 14, OLG. 34, 58. Leistet jemand eine Zahlung als eigene Schuld, weil er glaubt, selbst verpflichtet zu sein, beabsichtigt er also nicht die Schuld eines anderen zu tilgen, dann sind die §§ 683, 670 nicht anwendbar.

§ 685.

Darmstadt 7. 2. 17, HessRspr. 17, 313. Der Geschäftsführer hat nicht zu beweisen, daß er in der Absicht gehandelt hat, durch seine Geschäftsführung den Geschäftsherrn zu verpflichten, sondern dem Geschäftsherrn liegt der Beweis ob, daß diese Absicht nicht bestanden habe.

§ 687.

1. **RG.** 17. 11. 16, R. 17 Nr. 42. Die Frage, ob als fremdes Geschäft i. S. des § 687 nur ein objektiv fremdes anzusehen ist oder auch ein solches, zu dessen Nichtvornahme der Handelnde lediglich schuldrechtlich verpflichtet ist, wird nicht entschieden.

2. Breslau 21. 3. 14, OLG. 34, 66. Die Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit schließt zwar nicht grundsätzlich aus, darin gleichzeitig eine fremde Rechtsbesorgung zu erblicken (vgl. **RG.** 75, 276; 82, 206, JW. 10, 389), insbesondere dann nicht, wenn es sich um zwei Verpflichtete handelt, die beide auf Grund desselben Vorgangs, der eine aus unerlaubter Handlung, der andere auf Grund gesetzlicher Verpflichtung, auf dieselbe Leistung haften, und bei denen der aus unerlaubter Handlung Haftende im Innenverhältnis als der allein Verpflichtete gegenüber dem nur auf Grund des Gesetzes Haftenden anzusehen ist. Wenn aber zwei ganz verschiedene, auf verschiedenen tatsächlichen und rechtlichen Gründen — z. B. Vertrag und unerlaubter Handlung — beruhende Verpflichtungen selbständig nebeneinander bestehen, und deshalb nicht der eine Verpflichtete als der in erster Linie, der andere als der in zweiter Linie im Innenverhältnis Haftende bezeichnet werden kann, dann kann in Erfüllung der Pflicht des einen nicht gleichzeitig eine Erfüllung der Pflicht des anderen gefunden werden. Die Absicht des Leistenden, gegen den anderen Rückgriff zu nehmen, kann daran nichts ändern.

3. Hamburg 25. 2. 14, OLG. 34, 65. § 687 Abs. 2 ist überall da ausgeschlossen, wo ein fremdes Geschäft nicht geführt, vielmehr ausschließlich ein eigenes Geschäft, wenn auch vielleicht unter widerrechtlichem Eingriff in fremde Rechte, vorgenommen wird.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688.

1. Cochlovius, Die Frage der Haftpflicht und des Versicherungsschutzes bei der Zusendung unbestellter Ware, KGBl. 17, 41. In der bloßen Nichtverweigerung der Annahme der unbestellt zugesandten Ware durch einen Nichtkaufmann liegt nicht der Abschluß eines Verwahrungsvertrags mit dem Absender.

2. KG. 19. 12. 16, KGBl. 17, 21. Zwischen einem Kaufmann, der im Interesse seines Geschäftsbetriebs den die Stadt besuchenden Landleuten die unentgeltliche Unterbringung von Zugtieren in einem, von ihm dazu bereit gestellten Stalle gestattet, entsteht ein Vertragsverhältnis. Der Vertrag ist kein Verwahrungs- oder Leihvertrag, sondern ein Vertrag

eigener Art, der den Kaufmann verpflichtet den Stall so einzurichten und in einem solchen Zustande zu erhalten, daß er zur Aufnahme der Zugtiere geeignet ist und bleibt.

§ 697.

Braunschweig 29. 2. 16, OLG. 35, 164. Die Pflicht des Hinterlegers zur Erstattung der Aufwendungen des Verwahrers ist gegenüber seiner Verpflichtung zur Rücknahme der aufbewahrten Sachen nur nebensächlich; für sie ist deshalb derselbe Leistungsort maßgebend, der für die Rücknahme der aufbewahrten Gegenstände besteht (**RG.** 70, 99; 55, 105). Anders ist es mit der Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung für die Hinterlegung, die neben der Rücknahmepflicht eine selbständige Bedeutung hat.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 701.

1. Hamburg 9. 5. 15, OLG. 34, 68. Aus der Einstellung eines Pferdes in den Stall eines Gastwirts, die zunächst als Miete eines Platzes aufzufassen ist, ergibt sich für den Gastwirt auch eine Obhutspflicht, die sich jedoch bei einem nur geringfügigen Entgelt nicht auf die unausgesetzte Wartung und Pflege des Tieres erstreckt. Doch hat der Gastwirt dafür zu haften, daß in dem Stall, den er für eine größere Anzahl von Pferden verschiedener Personen zur Verfügung stellt, nicht von vornherein oder im Laufe der Zeit infolge vermehrter Einstellung von Pferden eine des einzelnen Pferd gefährdende Enge sich geltend macht, und daß auch die innere Einrichtung des Stalls, insbesondere des Inventars, den an sie billigerweise zu stellenden Anforderungen genügt.

2. Polenske, Der Cartouchefall im Lichte des Gastschaftvertrags, BayRpflZ. 17, 33. Die Stadtgemeinde, die auf der Festwiese ein Trabrennen veranstaltet, haftet, wenn bei diesem ein Pferd ausbricht und Personen verletzt, den Verletzten auf Grund des Gastschaftsvertrags, durch den sie den „Fremden" — den Besuchern — die sie „in den Betrieb ihrer Wirtschaft" — die Festwiese — aufnimmt, stillschweigend für die Zeit ihres Dortseins wegen der abwendbaren Gefahren dieses Betriebs Sicherheit zugesagt hat, und sie schuldet auf Grund dieses Vertrags Schadensersatz. Wenn das Fest wesentlich für die „Gaudi" der Bevölkerung bestimmt war, beruht der Gesellschaftsvertrag auf Freigebigkeit, und es tritt dann eine Haftung nicht für die eigene erforderliche (§ 701) oder gemeinerforderliche Sorgfalt (§ 276), sondern nur für die gemeinübliche Sorgfalt d. h. für grobe Fahrlässigkeit (vgl. §§ 521, 599) ein (vgl. JDR. 14, 1; 15, 3).

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Schrifttum: Hoeniger, Gemischte Verträge I, 267; eingehende Erörterungen über den Begriff der Gesellschaft. — Ihrig, Gruppenakkordvertrag. München 1916.

§ 705.

I. Begriff; Einzelfälle der Gesellschaft.

1. Silberschmidt, Das „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis", GoldschmidtsZ. 79, 465. Von dem Begriff der Ges. ist der Begriff der „gesellschaftsähnlichen Verhältnisse" abzugrenzen. Hier kommen in Frage alle Fälle, in denen zwar mehrere Personen sich verpflichten, zu einem bestimmten Zwecke zusammenzuwirken, dieser aber ihnen nicht gemeinsam ist. Hierher gehören die Kartelle niederer Ordnung, die die Erhöhung oder Festhaltung der Preise, Durchführung von Geschäftsbedingungen, Beschränkung der Herstellung, des Absatzes oder des Handels für bestimmte oder alle Einzelbetriebe eines Wirtschaftsgebietes vereinbaren und die die engere Zusammenfassung, wie sie den Kartellen höherer Ordnung eignet, vermeiden. Bei diesen Rechtsgebilden sind die Vorschriften über GesVermögen, GesAnteile, Aufsichtsrecht, Geschäftsführung, Vertretung nicht anwendbar. Die Verpflichtung zu einem bestimmten, gleichartigen Handeln beruht bei ihnen nur auf Einzelverabredungen jedes einzelnen Teilnehmers mit allen übrigen, niemals kommt das

Zwischenglied einer Rechte und Pflichten ausübenden Rechtsgemeinschaft am Unternehmen in Frage. Die für die Ges. geltenden Vorschriften über Kündigung kommen, weil sie ganz allgemeiner Art sind, und bei der Verknüpfung von wirtschaftl. Beziehungen für längere Dauer ganz allgemein in gleicher Weise gelten, auch auf diese Kartelle zur Anwendung. Weiter gehören zu dieser Gruppe die Fälle, in denen eine Rechtsgemeinschaft am Unternehmen nicht begründet, an den Erträgnissen des von der einen Partei allein geführten Unternehmens aber Leuten, die hierzu Unterstützung leisten, Gewinnbeteiligung gewährt wird, wie z. B. bei partiarischen Rechtsgeschäften, bei der Beteiligung Angestellter (commis interessé) des GesVorstandes, Aufsichtsrats, Verpächters (Teilpacht), Vermieters, Darleihers. Zu dieser zweiten Art von gesellschaftsähnlichen Verhältnissen gehört weiter der Fall, daß der Inhaber eines Patentes seine Berechtigung verkauft und sich gegen Beteiligung am Gewinn verpflichtet, an der Vervollkommnung der Erfindung weiter zu arbeiten, ebenso die Verträge über Entlohnung des Schriftstellers oder Künstlers durch Beteiligung am Reingewinn des Werkes.

2. Josef, Gesellschaftsähnliche Verhältnisse, HoldheimsMSchr. 17, 97. Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis spielt nicht bloß in den Fällen der Kartellbildung und der Mitbeteiligung an der Ausnutzung gewerblicher Schutzrechte, sondern auch in zahlreichen anderen Rechtslagen eine Rolle.

a) Gesellschaft oder Miete. Ist bei einem Mietvertrag der Mieter zum Gebrauch der Mietsache zwecks Herbeiführung eines für ihn und die Vermieter gemeinschaftl. Erfolges verpflichtet und ist andererseits der Vermieter verpflichtet, betreffs der Mietsache einen bestimmten Zustand während der Mietzeit zu gewähren, wird ihm aber letzteres unmöglich (vgl. den **RG.** 88, 108 behandelten Fall der Vermietung eines Platzes seitens eines Ausstellungsunternehmens an mehrere Schankwirte zwecks Errichtung eines Volksrestaurants und teilweise Behinderung des Ausstellungsunternehmens durch den Krieg), so ist dieser Vertrag, wenn er nicht eine Ges. darstellt, nach den Grundsätzen der Ges. zu behandeln, so daß der versprochene Zustand als Beitrag des Vermieters, der Mietzins als Beitrag des Mieters erscheint, der Vermieter sich sonach eine Verminderung des Mietzinses gefallen lassen muß.

b) Der Vertrag des Saalinhabers mit einem Musiker, wonach dieser an Sonn- und Feiertagen in dem Saale Tanzmusik zu veranstalten übernimmt und für die Überlassung des Saales dem Saalinhaber jedesmal eine Vergütung zahlt (OLG. 22, 142), hat ein gesellschaftsähnliches Rechtswesen insofern, als der Mieter zur Abhaltung der Tanzmusik (und dem Gebrauch des Saales) nicht nur berechtigt, sondern im Interesse des Vermieters auch verpflichtet ist, so daß eine Kündigung zur Unzeit nach § 723 Abs. 2 unzulässig ist.

c) Die Verbindung von Rechtsanwälten und die von Ärzten zur gemeinsamen Berufsausübung ist kein GesVertrag, sondern ein eigentümlicher, gesetzlich nicht geregelter Vertrag, durch den die verbundenen Rechtsanwälte oder Ärzte sich verpflichten, ein jeder selbständig und unabhängig vom anderen den Beruf auszuüben, jedoch gewisse Einrichtungen zu treffen und den aus dieser Tätigkeit erzielten Gewinn zu vergemeinsamen. Daher ist jeder RA. oder Arzt in der Übernahme von Berufstätigkeit unabhängig vom anderen und die Gebührenforderungen sind Sonderansprüche dessen, der die Berufstätigkeit ausgeführt hat. Insoweit indes mit einer solchen Verbindung von Ärzten der Betrieb einer Krankenheilanstalt verbunden ist, liegt eine wirkliche Ges., materiell eine offene HG. vor. Aber auch im ersteren Fall sind beide Verbindungen gesellschaftsähnlich und daher nach der zu vermutenden Absicht der Beteiligten mehrfach die Vorschriften für Ges. anwendbar.

d) Der Rückversicherungsvertrag enthält nicht zugleich einen GesVertrag, auch nicht einen gesellschaftsähnlichen Vertrag. Denn der Rückversicherungsnehmer und der Rückversicherer machen die Forderung der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, wenn sie sie überhaupt in ihre Vorstellung aufnehmen, keinesfalls zum Vertragsinhalte.

Der bloße Umstand, daß — objektiv und unabhängig von der Parteivorstellung betrachtet — der Rückversicherungsvertrag, soweit er auf Teilung des Risikos geht, die Merkmale eines GesVertrags enthalten könnte, rechtfertigt nicht die Annahme eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses.

e) Die Beteiligung des Verkäufers an dem beim Weiterverkauf seitens des Käufers erzielten Gewinn und Verlust ist in Übereinstimmung mit **RG.** 52, 35 und gegen Marcus (R. 03, 425) als Ges. zu erachten.

3. Gruppenakkordvertrag: Ihrig (vgl. auch §§ 421 ff., §§ 611 ff.). Der Gruppenakkordvertrag hat 2 Seiten; eine äußere, das zwischen dem Arbeitgeber und der Gruppe der Arbeitnehmer bestehende Rechtsverhältnis (Arbeitsvertrag) und eine innere, das Verhältnis zwischen den mehreren Arbeitnehmern, das in der Regel auch ohne daß ein hierauf gerichteter Wille festzustellen ist, eine Ges. zwischen den Arbeitnehmern zur Folge hat, deren Hauptaufgaben einmal die Arbeitsverteilung und dann die Lohnverteilung sind. Die erste Hauptaufgabe (die Teilarbeitspflicht) kann schon im Arbeitsvertrag geregelt sein; insoweit ist dann eine Abänderung durch den GesVertrag ausgeschlossen. Entsprechend der Differenziertheit der Arbeitsaufgaben sind die regelmäßig nur in Dienstleistungen bestehenden GesBeiträge in der Regel ungleich. Das Aktivvermögen der Ges. besteht neben den Arbeitsbeiträgen im wesenlichen aus dem Lohn, zu dem noch Ersatzforderungen der Arbeitnehmer an Stelle des Lohnanspruchs gegen den Arbeitgeber und Ersatzforderungen der Kolonne gegen ihre Mitglieder hinzutreten können; das Passivvermögen bilden die Ersatzforderungen des Arbeitgebers aus Verzug, Arbeitsbruch usw. gegen die Arbeitnehmer. Entsprechend der Regel, daß der Lohn der Arbeit adäquat ist, werden ebenso wie die Arbeitsbeiträge auch die Lohnanteile (Gewinnanteile) abweichend von der Regel des § 722 ungleich groß sein (Bevorzugung der Kolonnenführer!). Der Normalanteil des einzelnen Arbeiters kann sich mindern z. B. durch zeitweise Nichtteilnahme an der Arbeit; wird hier zur Erreichung des Arbeitsresultats seitens der Genossen ein Ersatzarbeiter eingestellt, so hat der Verhinderte nur Anspruch auf seinen Lohn unter Abzug des Lohns für den Ersatzarbeiter (§ 616 BGB., der wesentlich nur Schutz gegenüber dem Arbeitgeber bezweckt, findet keine Anwendung); wenn dagegen die Genossen ohne Einstellung eines Ersatzarbeiters durch Erhöhung der eigenen Arbeitsleistung das Resultat erbringen, behält der Verhinderte Anspruch auf seinen vollen Anteil. Eine Abminderung des Lohnanteils kann weiter entstehen durch Unmöglichwerden der ferneren Arbeit seitens eines Genossen, die einen Schadensanspruch der Genossen gegen den Schuldigen und eine trotz des Lohnbeschlagnahmegesetzes zulässige Aufrechnung mit der Lohnforderung zur Folge haben kann, ferner durch vorzeitiges Ausscheiden eines Genossen (Regelung nach § 738 BGB.), wobei ebenfalls gegen den Lohnanspruch kompensable Schadensersatzansprüche der Genossen entstehen können. Auch Auslagen des Akkordführers können durch Verrechnung auf die Lohnanteile zu deren Verkürzung führen, wenn der Akkordführer zur Verauslagung ausdrücklich ermächtigt ist oder die Voraussetzungen des § 683 BGB. vorliegen. Für die Realisierung des Anspruchs auf die Lohnanteile sind die §§ 721 Abs. 1 und 730 nicht anwendbar; erfolgen Abschlagszahlungen seitens des Arbeitgebers, dann ist die Gruppe in Ansehung dieser zur Abrechnung verpflichtet. Wird das gemeinsame Arbeitsverhältnis aufgelöst (durch Erfüllung des Arbeitsvertrags, Kündigung, im voraus vereinbarte Endbestimmung), dann bleibt gleichwohl die Ges. bestehen, wenn sie nicht bloß auf die Lösung der einen Arbeitsaufgabe abzielte. Was die Frage anlangt, wie die Lösung des besonderen Arbeitsverhältnisses auf den Bestand des GesVertrags einwirkt, so lautet die Entscheidung dahin, daß der Arbeitsgenosse, der aus irgendeinem Grunde aus dem äußeren Rechtsverhältnis (Arbeitsvertrag) ausscheidet, damit auch aus dem inneren ausscheiden muß, wobei Schadensersatzansprüche nach § 723 Abs. 2 unberührt bleiben; kann das Arbeitsresultat trotz des Ausscheidens eines Genossen erbracht werden, so bleibt das Gesellschaftsverhältnis unter den anderen in Kraft. Im Fall des Todes eines Genossen treten seine Erben nicht an seine Stelle in der Ges. (Beweis §§ 613, 736 BGB.). Der Konkurs oder der Tod eines

Gesellschafters hat abweichend von §§ 728, 736, 727 Abs. 1 eine Auflösung der Ges. nicht zur Folge. Auch scheidet der in Konkurs Geratene trotz § 728 nicht aus der Ges. aus. Eine Kündigung eines Gesellschafters hat das Ausscheiden aus der Ges. nur dann zur Folge, wenn die Kündigung des Arbeitsvertrags hinzutritt. Ein Ausschluß eines Genossen seitens der anderen Arbeitnehmer aus der Ges. ist an sich möglich; da aber hierdurch die Arbeitspflicht nicht berührt wird, so hat sie Wirkung nur, wenn der Arbeitgeber seinerseits verpflichtet ist, dem Ausgeschlossenen auch den Arbeitsvertrag zu kündigen.

Besonders hervorzuheben ist die Stellung des Akkordführers, der häufig Geschäftsführer der Ges. ist. Seine Vertretungsbefugnis bemißt sich nach den §§ 713, 664ff. BGB. unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Ges. Danach ist er berechtigt, Rechtsakte vorzunehmen, die die Abwickelung des Arbeitsvertrags zu fördern und zu sichern geeignet sind; Rechtsakte jedoch, die den Bestand des Arbeitsvertrags und die Lohnhöhe negativ berühren könnten, darf er nicht vornehmen. Der Akkordführer oder Geschäftsführer ist berechtigt zur Entgegennahme der Lohnzahlung, so daß im Falle einer Lohnunterschlagung seitens des Akkordführers der Arbeitgeber zu einer nochmaligen Zahlung nicht verpflichtet ist. Ferner darf der Geschäftsführer die Zahlung von Lohnsummen stunden. Zur Berechtigung, die Geschäfte der Gruppe zu führen, tritt häufig noch eine Ermächtigung des Akkordführers seitens des Arbeitgebers, die Arbeit zu dirigieren oder gewisse Rechtsakte bindend für den Arbeitgeber vorzunehmen.

4. Darlehen oder Gesellschaft. a) **RG.** 3. 10. 16, LeipzZ. 17, 133. Vgl. § 335 HGB. b) **RG.** 18. 12. 16, LeipzZ. 17, 802, PosMSchr. 17, 119 (mit Datumsangabe 14. 12.). Die Vereinbarung, daß Kl. neben 5% Kapitalzinsen „5% Gewinnanteil aus der Verwertung des Patents, d. h. von seinem hierfür zur Verfügung gestellten Kapital von 12000 M., erhalten soll" spricht allerdings für ein Darlehen verbunden mit Gewinnbeteiligung. Gegen diese Annahme spricht aber der Satz, wonach „die Verzinsung halbjährlich mit je 600 M. zu zahlen ist". Das bedeutet eine Verzinsung der 12000 M. mit jährlich 10%, so daß es danach den Anschein gewinnt, als ob der Gläubiger eine feste Verzinsung von 10% des Kapitals unter allen Umständen und ohne Rücksicht darauf erhalten solle, ob aus dem Patent ein Gewinn erzielt werde. Ist der Wille der Vertragschließenden dahin gegangen, dem Kl. unabhängig von der Patentverwertung eine feste Verzinsung zu gewähren, deren Höhe nur durch den Zweck des Darlehns begründet worden ist, so würde ein reines Darlehn, nicht aber ein gesellschaftl. Verhältnis vorliegen. c) Vgl. HGB. § 335.

II. Einzelheiten.

1. **RG.** 20. 2. 17, R. 17 Nr. 599. Die Aufnahme eines neuen Mitglieds in eine Ges. ist zwar unter deren Fortbestand, also ohne Gründung einer neuen Ges. möglich, erfordert aber begrifflich, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart, die Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter, weil sie die vertragliche Grundlage der Ges. verändert. Das gilt auch dann, wenn nach dem GesVertrag zu Abmachungen mit Dritten einfache Stimmenmehrheit genügt.

2. Anwendung des § 113 HGB. Vgl. § 708 BGB.

III. Kartelle und Syndikate.

1. Über die Rechtsverhältnisse der Verkaufsstellen der Kartelle vgl. Nußbaum, Kommission bei § 383 HGB.

2. Hirschfeld, DJZ. 17, 996 bespricht das Zwangssyndikat für die Schuhindustrie nach der BRVO. v. 17. 3. 17.

3. Über die Rechtsnatur der Kartelle niederer Ordnung und die Anwendung der §§ 705ff. auf sie. Silberschmidt, GoldschmidtsZ. 79, 409. Vgl. oben I, 1.

4. **RG.** 9./30. 1. 17; 89, 354, BauersZ. 24, 168, JW. 17, 469, R. 17 Nr. 376. Ist in der Satzung eines als GmbH. bestehenden Syndikats die Verpflichtung zur Ablieferung der von ihm hergestellten Erzeugnisse aufgestellt und vereinigt ein Syndikatsmitglied seinen Fabrikationsbetrieb mit dem eines Außenseiters, so ist zu unterscheiden, ob

das Syndikatsmitglied den Außenseiter oder ob dieser das Syndikatsmitglied in sich aufnimmt. Im ersteren Falle liegt lediglich eine Erweiterung der Anlagen des Syndikatsmitgliedes vor und ist es selbstverständlich, daß dieses die Erzeugnisse von den neu erworbenen Werken an das Syndikat abliefern muß. Im letzteren Falle rückt dagegen der Außenseiter in die Stelle des bisherigen Mitgliedes und in dessen Lieferpflichten, wie sie zuletzt bestanden, ein, während er mit den ursprünglich eigenen Anlagen und mit denen, die er nach der Fusion erwirbt, außerhalb des Kartells bleibt. Diese anderen Anlagen können allerdings nachträglich einbezogen werden, wenn nämlich der Rechtsnachfolger dem Kartell noch besonders beitritt. — Flechtheim, JW. 17, 469 macht gegen das Urteil geltend, daß das Syndikatsmitglied mit seiner Doppelstellung aus seiner intimen Kenntnis der Syndikatsverhandlungen in seiner Eigenschaft als Außenseiter den größten Nutzen ziehen könne. Die Gründe des RG. seien nicht zwingend. Das RG. argumentiere: Durch die Fusion scheide das Mitglied aus der Ges. aus. Hierdurch werde der Umfang seiner Lieferungspflicht abschließend bestimmt; denn es sei von nun an ihm die Erweiterung der Verpflichtung durch Hinzuerwerb von Anlagen wie auch die Verringerung durch Veräußerung oder durch Stillegung von Werken unmöglich. Wegen der hierdurch eingetretenen Fixierung der Lieferungspflicht könne auch nur dieser endgültig festgelegte Umfang der Pflicht für den Rechtsnachfolger maßgebend sein. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Lieferpflicht des Mitgliedes nach der Satzung dem Umfang nach nicht absolut bestimmt, sondern elastisch ist. Das alte Mitglied ist mit seinem Austritt von jeder Lieferpflicht frei geworden. Man kann deshalb auch nicht sagen, daß der Umfang dieser Pflicht nunmehr abschließend fixiert worden ist. Gewiß kann das Mitglied seine Lieferpflicht nicht mehr erweitern oder beschränken. Aber deshalb, weil es überhaupt keine Lieferpflicht mehr hat. Die Frage ist also nur dahin zu stellen, ob die Lieferpflicht auf das neue Mitglied mit ihren wesentl. Eigenschaften übergeht oder bei dem Übergang ihr Wesen verändert. Das RG. stellt selbst den Fall der Fusion und den des Erwerbs durch Sondernachfolge in die Mitgliedschaft gleich. Wenn nun ein Einzelkaufmann, der dem Syndikat angehört, sein Unternehmen samt der Mitgliedschaft verkauft oder in eine AG. umwandelt, soll dann der Erwerber oder die neue AG. auch nur in dem bisherigen Umfang und nicht auch mit neuen Anlagen gebunden sein. In den Fällen der Sondernachfolge ist das Syndikat schon dadurch geschützt, daß fast ausnahmslos der Verkauf der Anlagen von der Zustimmung des Kartells abhängig gemacht ist und dieses seine Zustimmung nur gibt, wenn der Erwerber die vollen Pflichten eines Mitglieds übernimmt. Zu dem gleichen wirtschaftlichen Ergebnis muß man im Fall der Fusion kommen. Die übernehmende AG. wird von Rechts wegen Mitglied des Syndikats mit ihren gesamten Anlagen, gleichviel ob diese früher syndikatsfrei waren oder nicht. Überall ist die Vorfrage zu entscheiden, ob die Verpflichtung überhaupt im Fall der Fusion weiterbestehen soll. Das ist Auslegungsfrage. Geht die Verpflichtung aber über, dann geht sie im vollem Umfang über. Kritischer wird die Rechtslage, wenn die übernehmende Ges. bereits kollidierende Verträge eingegangen war. Dann handelt es sich darum, ob unverschuldete oder zu vertretende Unmöglichkeit vorliegt oder ob die Kündigung aus wichtigen Gründen stattfinden kann.

5. **RG.** 20. 2. 17, R. 17 Nr. 321 (KrE.). Kündigung einer Preis- und Absatzkonvention wegen des Kriegs vgl. § 723.

6. **RG.** 2. 3. 17, BauersZ. 24, 179. Die Auflösung einer Verkaufs-GmbH. entbindet nicht von der Erfüllung ihrer eingegangenen Verbindlichkeiten; denn die GmbH. besteht als solche trotz ihrer Auflösung weiter und bleibt also trotz Einstellung des Geschäftsbetriebs verpflichtet, die vorher eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Sie kann sich nicht darauf berufen, daß infolge der Auflösung und wegen des damit verbundenen Aufhörens der Produktionsabgabe ihrer Gesellschafter die Erfüllung unmöglich geworden sei; hat sie sich die Möglichkeit der Erfüllung nicht durch genügende Abreden mit den Mitgliedern gesichert, so hat sie diesen Umstand zu vertreten.

7. Anrufung des Gerichts gegenüber den von einem Kartell gegen ein

Mitglied festgesetzten Strafen. BauerZ. 24, 103. Eine gerichtliche Nachprüfung ist nur dann ausgeschlossen, wenn es sich um bloße Ordnungsstrafen handelt, durch die ein dem Mitglied gegen den Verein zustehendes Recht nicht geschmälert wird und wenn die Vollziehung der Strafe das davon betroffene Mitglied auch nur innerhalb des Vereins, nicht aber auch in seiner Rechtsstellung außerhalb des Vereins berührt (**RG.** 4. 10. 15, JW. 15, 1424). In der Regel ist die gerichtliche Nachprüfung zulässig und zwar zunächst in der Richtung, ob die Strafverfügung in formeller Hinsicht dem Gesetz und der Satzung entspricht. Wenn der Aufsichtsrat die Strafe festsetzt und die Gesellschafterversammlung die dagegen erhobene Beschwerde verwirft, so liegt keinesfalls eine unzulässige Entscheidung in eigener Sache vor; denn alle Vereinigungen dieser Art haben in ihren Satzungen eine solche Strafbefugnis, was durch die Rechtsprechung auch für statthaft erklärt ist, sofern nicht eine unzulässige Ausschließung des Rechtswegs sich aus ihnen ergibt. Der Vorwurf, die Angelegenheit sei vor Verhängung der Strafe nicht genügend untersucht worden, rechtfertigt noch nicht eine Anfechtung des Strafbescheides im Rechtswege. Es ist dem freien Ermessen des Aufsichtsrats und der Gesellschafterversammlung überlassen, in welcher Weise sie sich die Überzeugung von einer Zuwiderhandlung des Mitgliedes verschaffen wollen. Auch der Einwand, daß Aufsichtsratsmitglieder, die die Strafe in erster Instanz festgesetzt haben, als Gesellschafter auch in der 2. Instanz, der GesVersammlung, mitgestimmt haben, führt nicht zum Ziel. Eine Nachprüfung der sachlichen Berechtigung der Verurteilung zur Strafe ist nicht zulässig. Das Gericht kann also nicht nachprüfen, ob der Verurteilte sich wirklich einer Zuwiderhandlung schuldig machte, ob Aufsichtsrat und Versammlung die Satzung richtig auslegten und ob die Höhe der Strafe berechtigt ist.

8. Gültigkeit des Reverssystems der Kartelle. Hamburg 25. 1. 17, LeipzZ. 17, 1006. Ein Vertrag, wonach sich jemand (gegenüber einem Zigarettenschutzverband) verpflichtet, für eine gewisse Zeit (1 Jahr) nur an solche Händler und Wiederverkäufer zu liefern, die den Verpflichtungsschein des Verbandes unterschrieben haben, sowie die Mindestkleinverkaufspreise genau vorzuschreiben, verstößt nicht gegen die Gewerbefreiheit, wenn er auch den Verpflichteten in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit stark beeinträchtigt. Er verstößt auch sonst nicht gegen die guten Sitten.

9. Abschlüsse der Mitglieder für die Zeit nach Ablauf des Kartellvertrags. **RG.** 27. 3. 17, BauerZ. 24, 191. So gewiß es grundsätzlich den Kartellpflichten widerspricht, wenn ein Genosse während der Vertragszeit Abschlüsse auf deren Ende macht, so ändert sich doch die Rechtslage, sobald das Ende herannaht. Wollte man ihm auch jetzt noch verbieten, für die Folgezeit Verträge zugunsten des eigenen Betriebs zu schließen, so hätte davon das Kartell keinen Nutzen, sondern höchstens ein neu geschlossenes Kartell, dem das Mitglied beizutreten nicht verpflichtet ist. Treu und Glaube verlangen eine solche Begünstigung der zu einem neuen Kartellvertrag Geneigten nicht. Bestimmt also der Vertrag nicht ausdrücklich das Gegenteil, so muß jedes Mitglied, soweit es die Wiederaufnahme des eigenen Betriebs nach Erlöschen des Kartells verlangt, schon während einer angemessenen Zeit vorher freie Hand haben.

§ 708.

1. **RG.** 17. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 113. Bei der außergewöhnlichen Befugnis, die § 113 HGB. besonders für die o. HG. den Gesf. gewährt, stehen einer entspr. Anwendung des § 113 HGB auf sonstige, lediglich den allg. Bestimmungen der §§ 705ff. BGB. unterstehenden Gesf. erhebliche Bedenken entgegen.

2. Schadensersatzpflicht, Rechenschaftsablage, Auskunft. **RG.** 17. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 113. Der bekl. Gesellschafter soll nach der Behauptung des kl. Gesellschafters die von ihm in Holland beschafften Waren, statt sie dem GesVertrag entsprechend zur Verfügung der Gesf. zu halten und so ihren Vertrieb an die Militärbehörden für die Gesf. zu ermöglichen, hinter dem Rücken der anderen Gesellschafter, unter Täuschungen und unter Ausnutzung der seitens der Gesf. bereits gepflogenen, unmittelbar vor

dem Abschluß mit der Militärbehörde stehenden Verhandlungen für sich selbst an die Militärbehörde abgesetzt und so den Absatz durch die Ges. vereitelt haben. Ist das richtig, so ist er nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig und hat nach § 249 den Zustand herzustellen, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde. Hätte der Bekl. die ihm zur Last gelegten Handlungen nicht vorgenommen, sondern seine Verpflichtungen nach Treu und Glauben erfüllt, dann würde die Annahme begründet sein, daß das vom Bekl. mit der Militärbehörde abgeschlossene Geschäft in gleicher Weise für die Ges. abgeschlossen worden wäre. Wäre das geschehen, so würde Kl. den Anspruch auf den im Vertrag festgesetzten Anteil am Gewinne aus dem Geschäft, sowie den Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablage gegen W., der das Geschäft hatte abschließen sollen, haben. Der gleiche Zustand wird dadurch herbeigeführt werden, daß der Kl. nun den Anspruch auf Gewinnbeteiligung, Auskunftserteilung und Rechenschaftsablage gegen den Bekl. hat.

§ 709.

Klage einer Gesellschaft für einzelne Gesellschafter. Hamburg 18. 10. 16, LeipzZ. 17, 78. Eine Reihe von Versicherungsges., unter denen sich auch eine englische Ges. befand, hatte sich zu einem als Ges. des BGB. zu erachtenden Verband zusammengeschlossen; die Verwaltung der Angelegenheiten des Unternehmens war einer Zentralstelle übertragen. Nach Ausbruch des Krieges klagte diese Zentralstelle auf Feststellung, daß ein von ihr Namens des Verbandes mit einer anderen englischen Ges. abgeschl. Rückversicherungsvertrag aufgehoben sei. Die Klage war erhoben im Namen der Gesellschafter mit Ausnahme der ursprünglich dem Verband angehörigen engl. Ges., von der die kl. Partei annahm, daß sie nicht mehr dem Verband angehöre. Der Einwand, daß die Klage, weil nicht namens sämtlicher Gesellschafter gestellt, abzuweisen sei, wurde vom OLG. mit folgender Begründung abgewiesen: „Auch wenn man ungeachtet **RG.** 70, 32 annimmt, daß in der Regel bei gerichtlicher Geltendmachung von GesAnsprüchen alle Gesellschafter gemeinsam klagen müssen und daß bei Führung der Geschäfte durch einen Gesellschafter dieser GesAnsprüche im Namen aller Gesellschafter einzuklagen hat, kann hier die Möglichkeit der gerichtlichen Durchführung von Ansprüchen der Ges. nicht davon abhängig sein, ob die englische Ges. noch zu den Gesellschaftern gehört. Der Verband ist organisiert. Eine Generalversammlung der Gesellschafter ordnet die gemeinschaftl. Angelegenheiten. Die Verbandmitglieder haben sich ordnungsmäßigen Beschlüssen der GenVersammlung unterworfen. Aufgabe des geschäftsführenden Gesellschafters ist es, die Beschlüsse der GenVersammlung durchzuführen. Die Klage dient dem Zwecke der Durchführung eines solchen Beschlusses. Wollte man ihr Schicksal davon abhängig machen, ob der geschäftsführende Gesellschafter mit Recht die englische Ges. nicht mit zu den Ges. gezählt hat, so würde man damit zu einer rechtlich unbefriedigenden Konsequenz gelangen. Es hätte bei begründetem Zweifel über die Zugehörigkeit einer bestimmten Person zur Ges. jede gerichtliche Durchführung von GesAnsprüchen zur Voraussetzung, daß zunächst die Frage der Zugehörigkeit jenes Mitglieds zum Austrag gebracht wäre. Das würde dem gemeinsamen Interesse aller Gesellschafter widerstreiten. Das kann das Gesetz nicht gewollt haben. In einem solchen Falle genügt es unter allen Umständen, wenn der geschäftsführende Gesellschafter die Klage im Namen aller der Personen erhebt, die er nach seinem pflichtmäßigen Ermessen für die sämtlichen Gesellschafter hält.

§ 717.

Rechtsstellung des Zessionars des Auseinandersetzungsguthabens. **RG.** 9. 3. 17, JW. 17, 539, LeipzZ. 17, 591, R. 17 Nr. 813. Dem § 717 liegt der Gedanke zugrunde, daß gesellschaftl. Ansprüche durch Dritte erst geltend gemacht werden dürfen, wenn sie völlig von dem GesVerhältnisse losgelöst sind. Danach ist auch die Rechtsstellung des Zessionars eines Auseinandersetzungsguthabens zu bemessen. Das Recht auf Rechnungslegung kann ihm nicht übertragen werden. Aber auch ein Versuch, seinerseits

zu beweisen, was dem Zedenten zukommt, kann nicht ohne weiteres zum Ziele führen. Da das Guthaben erst durch Liquidation von der Verknüpfung mit dem GesVerhältnis freigemacht werden muß, hat der Zessionar die Abwicklung dieses Verhältnisses durch die Gesellschaft abzuwarten. Allerdings geht es zu weit, wenn einzelne Urteile sich so ausdrücken, als ob der Anspruch auf das Guthaben überhaupt nicht übertragbar sei. Angesichts der Möglichkeit, bedingte und sogar zukünftige Ansprüche abzutreten, walten Bedenken gegen die Abtretung als solche nicht ob. Doch wird der Zessionar durch die Abtretung allein noch nicht in den Stand gesetzt, auf Zahlung zu klagen. Hat er dadurch auch den Vorteil erlangt, daß die Bestimmungen, die der GesVertrag oder das Gesetz über die Art der Auseinandersetzung aufstellt, nicht mehr zu seinen Ungunsten abgeändert werden können, so ist und bleibt diese selbst doch Sache der Gesellschafter. Nur unter den Gesellschaftern findet die Auseinandersetzung statt. Der Zessionar hat kein Recht auf Beteiligung an ihr erworben, sondern nur einen Anspruch auf das, was dem Zedenten dabei zukommt. Daher kann er in die Liquidation nicht eingreifen. Erleidet er Schaden dadurch, daß sie verzögert oder vorschriftswidrig vorgenommen wird, so muß er sich wegen des Ersatzes an den Zedenten halten. — Hierzu Flechtheim, JW. 17, 539: Die gleichen Grundsätze gelten auch für die o. HG. und KomGes. Sie gelten auch für den Fall der Verpfändung und Pfändung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben. Nur dem Privatgläubiger, der nach erfolgter Überweisung des Anspruchs auf das AGuthaben die o. HG. oder KomGes. nach § 135 gekündigt hat, stehen größere Rechte zu. An der Liquidation selbst und an der Abrechnung wird ein solcher Gläubiger nicht beteiligt. Auch seine Klage auf Zahlung setzt voraus, daß die Liquidation einschließlich der Schlußbilanz durchgeführt ist.

Vgl. auch unten zu § 149 HGB.

§ 722.

1. **RG.** 16. 3. 17, vgl. zu § 336 HGB.

2. Dresden 21. 9. 16, JW. 17, 819. Es widerstrebt dem Wesen des GesVertrags nicht, daß ein Gesellschafter eine feste Vergütung erhält, durch die jeder weitere Gewinnanteil ausgeschlossen wird. So schon entgegen der Ansicht Staudingers § 722 Anm. IV 2d **RG.** 13. 7. 15, JW. 15, 1428.

§ 723.

Kündigung der Gesellschaft.

1. Hoeniger, Riskante Rechtsausübung. Vgl. Ziff. I 3 zu § 626 BGB.

2. Die Entsch. I 1bα u. γ zu § 326.

3. **RG.** 20. 2. 17, HoldheimsMSchr. 17, 167, R. 17 Nr. 321 (KrE.). Die Zugehörigkeit zu einer Preis- und Absatzkonvention, die eine Ges. des BGB. darstellt, kann außerordentlich gekündigt werden, wenn das weitere Verbleiben in der Konvention zufolge des Krieges nur mehr Verlust bringt.

4. **RG.** 6. 2. 17; 89, 398, JW. 17, 361. Der Gesellschafter, der durch sein schuldhaftes vertragswidriges Verhalten zur Kündigung Anlaß gegeben hat, muß den anderen Gesellschaftern den Schaden ersetzen, der diesen durch die erst infolge der Kündigung herbeigeführte vorzeitige Endigung der Ges. entsteht. — Ebenso **RG.** 20. 2. 17, R. 17 Nr. 601, HoldheimsMSchr. 17, 107.

§ 730.

Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens; Stellung des Zessionars. Vgl. § 717.

§ 733.

1. **RG.** 15. 12. 16, R. 17 Nr. 378. Die Klage eines Gesellschafters auf Rückgabe seiner Einlage kann nach Auflösung der Ges. nicht gegen den geschäftsführenden

Gesellschafter allein gerichtet werden. Mit der Auflösung ist die Geschäftsführungsbefugnis erloschen. Der Anspruch auf Rückzahlung der Einlage kann nur nach § 733 BGB. geltend gemacht und die Klage hieraus muß gegen alle Gesellschafter erhoben werden.

2. **RG.** 15. 12. 16, R. 17 Nr. 379, WarnE. 17, 210. Klage auf Zahlung einer bestimmten Summe statt auf Auseinandersetzung ist nur in einfachen Fällen möglich; wenn also die Verhältnisse so liegen, daß sich der Anspruch eines jeden Gesellschafters ohne besondere Abrechnung ermitteln läßt.

§ 738.

Gesamtrechtsnachfolge bei Ausscheiden des einen von zwei Gesellschaftern. BayObLG. 12. 2. 17, vgl. Ziff. 4 zu § 142 HGB.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 743.

RG. 1. 11. 16, JW. 17, 357, LeipzZ. 17, 259, R. 17 Nr. 44. Der Gläubiger eines Miteigentümers eines vermieteten unter Zwangsverwaltung stehenden Hauses kann nicht schlechthin den dem Anteil seines Schuldners entsprechenden Teil der Mietzinsen pfänden und sich überweisen lassen. Denn zwischen Miteigentümern eines Grundstücks besteht eine Gemeinschaft nach Bruchteilen i. S. des § 741, bei der die Verwaltung (also auch die Vermietung) nur der Gemeinschaft als solcher zusteht, während dem einzelnen Teilhaber ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil an den Früchten (Mietzinsen) zusteht. Entsprechend der allgemeinen Verkehrsanschauung ist nicht nur die Vermietung, sondern auch die Einhaltung und Verwendung der Mieten eines Hauses, soweit damit die Kosten und Abgaben sowie die sonstigen notwendigen Auslagen für das Grundstück, insbes. die Hypothekenzinsen zu bestreiten sind, zur Verwaltung zu rechnen. Nur auf den danach als Reinertrag verbleibenden Überschuß steht dem Miteigentümer ein Anspruch zu und nur dieser Anspruch kann von seinen Gläubigern beschlagnahmt werden. Dieser dem Gläubiger zustehende Anspruch richtet sich nicht gegen den Mieter, sondern gegen die Gemeinschaft und kann nur dieser gegenüber geltend gemacht werden.

§§ 749, 750.

RG. 8. 1. 17, R. 17 Nr. 380. Der Schwerpunkt der Vorschriften liegt nicht sowohl in der Zulassung zeitlicher Einschränkungen des Rechts auf Aufhebung der Gemeinschaft als vielmehr in der Regelung der Voraussetzungen, unter denen die Bindung durch einen solchen Vertrag aufhört oder ausnahmsweise eine sich über diese Voraussetzungen hinwegsetzende Bindung wirkungslos bleibt.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759.

1. **RG.** 19. 12. 16; 89, 259, JW. 17 285. Ein Leibrentenvertrag stellt ein schuldrechtliches Gebilde eigener Art dar und erfordert, daß der Anspruch auf die fortlaufenden Einzelbezüge nur aus dem eingeräumten, in sich geschlossenen einheitlichen Rentenrechte vermöge dessen Bestandes hervorgebracht wird. Ein Abkommen, das zur Regelung eines Schadensersatzanspruches aus unerlaubter Handlung bestimmt ist, fällt nicht in den Rahmen, in welchem sich nach Auffassung des Verkehrs Leibrentenvertragsabschlüsse bewegen. Daß statt der Abfindung in Kapital eine solche in Rente gewährt wird, ist nicht entscheidend. Durch einen Vergleich dieser Art über einen Schadensersatzanspruch wird also eine Leibrente nicht begründet.

2. **RG.** 16. 4. 17, R. 17 Nr. 1254. Ein einheitlicher Leibrentenvertrag gilt auch über das Ableben des Versprechers hinaus nicht als letztwillige Verfügung.

3. **RG.** 8. 10. 17, R. 17 Nr. 1989. Der Leibrentenvertrag ist ein besondersartiger Vertrag, durch den ein einheitliches, in sich geschlossenes Stammrecht geschaffen wird, aus dem die einzelnen Renten als Nutzungen des Stammrechtes sich ergeben. Soll ein solches einheitliches Recht durch Vergleich begründet werden, so muß dem Schuldverhältnis durch Umschaffung die neue Grundlage eines einheitlichen Stammrechtes gegeben werden, das durch sein Bestehen unabhängig von dem bisherigen Schuldverhältnis den Anspruch auf die Einzelleistungen hervorbringt. Das ist für gewöhnlich nicht der Fall, wenn Parteien sich über ein streitiges Kapital dahin vergleichen, daß der eine Teil den Anspruch auf das Kapital aufgibt, und als Entschädigung den lebenslänglichen Anspruch auf Zinsen erhält.

4. **RG.** 8. 10. 17, R. 17 Nr. 1990. Es kann zwar das Bestehen des Leibrentenrechts selbst in seiner Gesamtheit, nicht aber der Anspruch auf die einzelnen Leistungen von besonderen Bedingungen abhängig gemacht werden.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

§ 762.

1. Lotterievertrag.

a) Hamburg 21. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 80. Wer jahrelang ein Los gespielt hat, hat deshalb allein noch nicht Anspruch auf den darauf gefallenen Gewinn, wenn er zu der btr. Klasse das Los weder bezahlt noch zugestellt erhalten hat. Ein solcher Anspruch auf den Gewinn könnte nur dann als begründet erachtet werden, wenn der Spieler mit dem Lotteriekollekteur die Vereinbarung getroffen hätte, daß das Los fortdauernd oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt als sein Eigentum zu gelten hätte, auch wenn es ihm nicht rechtzeitig zugestellt oder die Zahlung nicht rechtzeitig geleistet werden sollte.

b) Stillschweigender Abschluß eines Lotteriespielvertrags. Aufkündigung des einem Auslandspieler gewährten Kredits. Hamburg 8. 12. 16, JW. 17, 376, R. 17, R. 17, 223. Bekl. hatte aus nicht bekannten Gründen ein besonderes Interesse an der fraglichen Losnummer. Das war dem Kl. bekannt und deshalb bot er ihm Mai 1914 die freigewordenen $^2/_8$ dieser schon bisher zu $^2/_8$ vom Bekl. gespielten Nummer an. Zwischen den Parteien bestand seit Jahren eine Geschäftsverbindung. Wenn Bekl. unter diesen Umständen die $^2/_8$ stillschweigend behielt, so nahm er damit das ihm gemachte Kaufgebot an. Es fragt sich, ob Kl. berechtigt war, im Mai 1915 den bisher dem Bekl. vertragsmäßig eingeräumten Kredit, wonach der Kaufpreis der Lose jeweils bis zu dem Zeitpunkt zu stunden war, wo die Lose der jeweils letzten Klasse dem Bekl. übersandt wurden, einseitig aufzuheben. In dieser Beziehung ist folgendes von Bedeutung. Die Hamburger Lotterie wurde nach Ausbruch des Krieges in der damals schwebenden dritten Klasse auf ungewisse Zeit ausgesetzt. Es war bis zum Mai 1915 ungewiß, ob die Lotterie überhaupt noch fortbestand. Zwischen der Einstellung und der Wiederaufnahme der dritten Klasse lag eine Unterbrechung von ungefähr 10 Monaten. Inzwischen waren die Verhältnisse für den Absatz der Lose im Ausland wesentlich verändert. Es war ganz unsicher geworden, ob die ausländischen Kunden der Hamburger Kollekteure ihre Lose noch weiter spielen wollten. Der briefliche Verkehr zwischen Deutschland und dem nicht benachbarten neutralen Auslande war in Frage gestellt. Es bestand für den Kollekteur völlige Ungewißheit, welche seiner Auslandskunden ihre Vertragspflicht erfüllen würden. So war es für den Kl. bei dem Schweigen des Bekl. während des Kriegs völlig ungewiß, ob dieser nach 10 Monaten Aussetzung noch ein Interesse an der Vertragsfortsetzung hatte. Wegen dieser veränderten Umstände konnte Kl. mit Recht einseitig von der Kreditierung zurücktreten.

2. Differenzgeschäfte.

a) **RG.** 1. 5. 17, BankA. 16, 344, HoldheimsMSchr. 17, 170, R. 17 Nr. 1616. Daß die Aufträge zum Ankauf englischer und amerikanischer Aktien mit fester Preisbegrenzung erteilt und dem Kunden die Dividenden gut geschrieben wurden, be-

seitigt den Spieleinwand nicht, wenn andere Umstände für den Spielcharakter entschieden sprechen.

b) Hamburg 15. 2. 17, HansGZ. 17 Hbl. 133. Der Begriff des Differenzgeschäftes i. S. des § 764 BGB. beschränkt sich nicht auf solche Geschäfte, bei denen erklärtermaßen nicht die Lieferung der Ware, sondern die Zahlung des Kursunterschiedes den Gegenstand des Geschäftes bilden soll (solche „offene Differenzgeschäfte" kommen kaum vor), sondern ergreift auch die „versteckten Differenzgeschäfte", die äußerlich durchaus in den Formen des Warenlieferungsgeschäftes abgeschlossen werden, bei denen aber die unausgesprochene Absicht der Parteien oder doch einer Partei nur auf den Kursunterschied gerichtet war. Die Frage, ob bei einem solchen Geschäft die eine Partei die auf den bloßen Kursunterschied gerichtete Absicht des Gegners erkennen mußte, ist aus der Gesamtheit der im Verkehr der Parteien zutage getretenen Umstände zu beantworten. Auf die in den Schlußnoten, Bestätigungsschreiben gewählten Ausdrücke („andienen", „liefern", „beziehen", „empfangen", „abnehmen") ist entscheidendes Gewicht nicht zu legen. Handelt es sich bei den Abschlüssen um sehr erhebliche Posten Kaffee und Zucker, während der Käufer eine Weberei von mäßigem Umfang betrieb, dagegen keinen effektiven Handel mit den angeblich gekauften Waren, und ist dem Verkäufer gleichzeitig bekannt, daß Käufer auch bei anderen Firmen Zeitgeschäfte in gleicher Ware machte, dann ist die Differenzgeschäftsnatur zu bejahen.

c) **RG.** 12. 6. 17, BankA. 17, 9. Darlehen zu Differenzgeschäften. Darlehen, die der Geschäftsvermittler einer Partei gibt, um die Ultimodifferenzen zu decken, die sich aus Differenzgeschäften ergeben haben, sind weder als vom Abschlußbeauftragten zu Spielzwecken gegebene Darlehen anzusehen noch auch sind sie nach §§ 762, 764 unklagbar. Eine solche Darlehensgewährung trägt auch nicht etwa deshalb den Charakter der Unsittlichkeit an sich, weil die Darlehensgewährung und die damit ermöglichte Deckung von Ultimodifferenzen es mittelbar dem Darlehensempfänger ermöglichte, Börsentermingeschäfte fernerhin einzugehen. Eine andere Beurteilung hätte nur dann einzutreten, wenn die Hingabe der Darlehen von der Fortsetzung des Börsenspieles abhängig gemacht wäre.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

§ 765.

1. **RG.** 11. 11. 16, BankA. 16, 248 behandelt die Frage, ob mit Rücksicht auf die Lage des Bürgen, dem gleichfalls eine Hyp. an denselben Grundstücken eingetragen ist, trotz Stückelung der Kredithypotheken das Kreditverhältnis als einheitliches zu betrachten ist. Vgl. § 774 I 2a.

2. **RG.** 15. 5. 16, HansGZ. 17 Bbl. 113, SeuffA. 72, 86. Bürgschaft erfordert nicht eine Ungewißheit der Inanspruchnahme. Vgl. JDR. 15 § 765 I 3.

3. Bürgschaft oder Garantieversprechen. **RG.** 28. 9. 17; 90, 415, R. 17 Nr. 1991. Ein (formfreies) Garantieversprechen setzt begriffsmäßig eine noch bevorstehende zweifelhafte Haftung voraus; ist bereits eine Schuld entstanden, so kann es sich bei einem Dritten nur um Bürgschaft oder um ein selbständiges, kausales oder abstraktes Schuldversprechen handeln.

4. Bürgschaft oder verstärkende Schuldübernahme. a) Die Entsch. 4a zu § 414.

b) **RG.** 28. 9. 17; 90, 415, R. 17 Nr. 1992. Aus dem Interesse, einen nahen Verwandten vor einer Strafanzeige zu schützen und den Familienruf zu erhalten, muß nicht notwendig das Bestehen einer Schuldübernahme anstatt einer Bürgschaft gefolgert werden.

c) Bürgschaft oder Schuldmitübernahme? Reichel, GruchotsBeitr. 61, 548. Bürgschaft ist Aufkommen für eine fremde und fortdauernd als fremd empfundene Schuld, Schuldmitübernahme dagegen ist die Aufsichnahme der bislang fremden Schuld als fortab (zugleich) eigener Schuld. Dieses Aufsichnehmen der fremden Schuld setzt ein gewisses eigenes

Interesse des Übernehmers an der Durchführung des Schuldverhältnisses voraus; er muß die Schuld als eine solche ansehen, die auch ihn selbst oder die gar ganz allein ihn selbst angeht. Der Umstand allein, daß der Dritte zu dem Urschuldner in naher verwandtschaftlicher Beziehung stand, läßt sich als Beweisgrund für die Annahme einer Schuldmitübernahme nicht verwerten; denn auch die Verbürgung trägt diesen verwandtschaftlichen Gefühlen hinreichend Rechnung, zumal wenn sie unter Verzicht auf Vorausklage erklärt ist; das Interesse, dem Verwandten helfen zu wollen, ist in erster Linie ein altruistisches, kein egoistisches. Unter Ehegatten mag es anders sein; denn der Ehehaushalt bildet eine wirtschaftliche Einheit, und mindestens der moralischen Idee nach besteht Gütergemeinschaft; verpflichtet sich daher ein Gatte für die Schuld des anderen, und ist diese vollends eine Haushaltungsschuld, so ist im Zweifel Schuldmitübernahme anzunehmen. Ein eigenes Interesse des Dritten ist bei Verwandten auch dann anzunehmen, wenn etwa der Dritte mit dem Urschuldner in Erbengemeinschaft, Geschäftsgemeinschaft oder sonstiger materieller Interessengemeinschaft steht und die fragliche Schuld auf diese gemeinsamen Interessen Bezug hat, oder wenn von der Begleichung der Schuld für den Dritten irgendein eigener egoistischer Vorteil oder die Abwendung eines eigenen persönlichen Nachteils abhängt; so wenn z. B. ein Sozius für private Schulden seines Sozius eintritt, um dessen Konkurs und damit die Auflösung der Ges. zu vermeiden. Auch ein immaterielles Interesse kann mich bestimmen, die Schuld eines Dritten als meine eigene Angelegenheit anzusehen. So kann Schuldmitübernahme angenommen werden, wenn der Dritte vorwiegend im Interesse des guten Namens zur Bezahlung der Schuld des zur gleichen Familie gehörenden Schuldners sich anheischig gemacht hat oder wenn er deshalb eingesprungen ist, weil er sich um ein gewisses Amt bewarb oder ein solches bekleidete, dessen Erlangung oder Fortführung der Vermögensverfall seines Verwandten im Wege gestanden hätte. Wer sich ferner dem Urschuldner gegenüber verpflichtet hat, ihn von seiner Schuld zu befreien (Erfüllungsübernahme), der hat fortab ein höchst eigenes Interesse, daß der Gläubiger sich fortan an ihn selbst und nicht an den Schuldner halte. Der Erfüllungsübernehmer wird daher bestrebt sein, mit dem Gläubiger je nach Umständen entweder eine privative oder kumulative Schuldübernahme zu vereinbaren. Tritt also der Erfüllungsübernehmer an den Gläubiger heran und erklärt ihm, er werde die schuldnerische Schuld bezahlen, dann ist diese Erklärung im Zweifel als Angebot nicht einer Bürgschaft, sondern einer Schuldübernahme aufzufassen.

d) **RG.** 6. 10. 17, R. 17 Nr. 1993. Einkleidung der Mithaftung in eine Darlehnsverpflichtung spricht für einen selbständigen, nicht formbedürftigen Schuldbeitritt.

5. *Reichel, ZfSchweizR. 17, 205. Schuldentlassung des Hauptschuldners unter Zustimmung des Bürgen und gleichzeitigem Vorbehalt der Ansprüche gegen den Bürgen ist zweckgemäß als Schuldübernahme seitens des Bürgen (§ 414) auszulegen.

6. Kiel 9. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 208. In der Übernahme der „persönlichen Haftung“ für eine fremde HypSchuld liegt die Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft.

7. Ausfallbürgschaft. a) **RG.** 2. 1. 17, LeipzZ. 17, 675. Gegenüber dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde, die ausdrücklich von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft spricht, hätte der Bürge, wenn er die rechtl. Wirksamkeit dieser Vertragsbestimmungen beseitigen wollte, dartun müssen, daß sie von den behaupteten mündl. Abreden außer Kraft gesetzt werden sollten. Zu solchem Nachweis genügen allg. Trostworte nicht, wie sie bei Eingehung von Bürgschaften dem Bürgen gespendet zu werden pflegen: „die Bürgschaft sei ja nur pro forma“, die nichts weiter bedeuten, als daß es hoffentlich nicht zu seiner Inanspruchnahme kommen würde. Aber auch die Äußerungen des Direktors der Bank gegenüber dem Bürgen, es handle sich ja nur um eine Ausfallbürgschaft, er hafte ja nur an letzter Stelle, sind wohl vereinbar mit der in der Urkunde festgelegten Vertragsbestimmung in dem Sinne, daß die Bank, wenn angängig, den Bürgen erst an letzter Stelle in Anspruch zu nehmen beabsichtige.

b) Hamburg 18. 1. 17, HansGZ. 17, 210, R. 17 Nr. 814. Der Begriff „Ausfall" hat im Rechtsverkehr eine technische Bedeutung und bezeichnet den Schuldbetrag, mit dem nach einem durchgeführten Schuldbeitreibungsverfahren der Gläubiger unbefriedigt geblieben ist. Von einem Ausfall kann also erst gesprochen werden, wenn ein Schuldbeitreibungsverfahren voraufgegangen ist, das zur völligen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat. Demgemäß hat **RG.** 75, 186 grundsätzlich für den Fall einer Ausfallbürgschaft den Standpunkt gebilligt, daß vor Inanspruchnahme des Ausfallbürgens im Fall des Konkurses des Hauptschuldners der Ausgang des Verfahrens abgewartet werden müsse, um den Ausfall festzustellen. Es hat lediglich zugelassen, daß der Gläubiger, der schon vor Beendigung des Verfahrens die Mindesthöhe seines Ausfalls nachweisen kann, diesen Mindestbetrag auch schon vor genauer ziffernmäßiger Feststellung seines Ausfalls gegen den Ausfallbürgen geltend machen könne. Das gleiche gilt, wenn über den Hauptschuldner Geschäftsaufsicht angeordnet wurde. Auch auf den Delkrederevertrag, mag man ihn als Bürgschaft, Garantieversprechen oder Versicherungsvertrag auffassen, sind diese Grundsätze anzuwenden, wenn das Delkredere nur in Höhe des Ausfalls übernommen ist.

8. Übernahme einer Bürgschaft als Schenkung. Vgl. Ziff. II 6 zu § 516.

§ 766.

1. Erfordernisse der schriftlichen Bürgschaftserklärung. **RG.** 30. 11. 16, JW. 17, 154, PosMSchr. 17, 8, R. 17 Nr. 1038. Nach § 766 in Verb. mit § 126 muß der Wille, für eine fremde Schuld einzustehen, der Urkunde selbst, wenn auch unter Berücksichtigung anderweiter Umstände, zu entnehmen sein. Durch die bloße Unterzeichnung mit dem Namen kann eine Bürgschaft nicht erklärt werden, wenn es auch richtig ist, daß nicht bloß der Inhalt der Urkunde selbst, sondern auch die Unterschrift bezüglich ihrer Bedeutung der Auslegung nach § 133 unterliegt. In der Schuldurkunde hat der Hauptschuldner nur erklärt, daß er sich verpflichte, die Bürgschaft des Bekl. beizubringen, während der Gläubiger sich verpflichtete, den Bekl. erst nach Ablauf eines Jahres nach fruchtloser Einklagung des Hauptschuldners zu belangen. Dadurch, daß Bekl. ohne jede weitere Erklärung die Schuldurkunde unterzeichnete, hat er eine der Schriftform bedürftige rechtsgeschäftl. Erklärung nicht abgegeben. Darauf, daß Bekl. den Willen gehabt hat, mit der Unterschrift die Bürgschaft zu übernehmen, kommt es nicht an, sondern darauf, ob er diesen Willen in der gesetzl. Form erklärt hat.

2. Form der Bürgschaftsverlängerung. Colmar 5. 6. 16, ElsLothZ. 17, 120. Die Einhaltung der für die Bürgschaft vorgeschriebenen Form ist zwar für solche Nebenabreden nicht erforderlich, die die Haftung des Bürgen erleichtern. Dagegen sind die Haftung des Bürgen erschwerende Abreden, wie eine Verlängerung der Bürgschaftsdauer, der Schriftform unterworfen.

3. **RG.** 3. 5. 17, R. 17 Nr. 1406. Als Inhalt der Bürgschaftserklärung gilt nur, was in der Bürgschaftsurkunde zum Ausdruck gebracht ist. Jedoch sind mündliche Abreden über eine Erleichterung der Bürgschaftsverpflichtung gültig.

4. Hueck, R. 17 Nr. 420. Die dem Hauptschuldner erteilte Zusage, für ihn eine Bürgschaft übernehmen zu wollen, bedarf der Schriftform.

5. Reichel, GruchotsBeitr. 61, 548 (556). Ein Bürge, der auf die Aufforderung des Gläubigers, das Bürgschaftsversprechen schriftlich zu geben, erklärt, dieses Ansinnen lehne er ab, sein Wort müsse genügen, und den deshalb wegen Mangels der Bürgschaftsform und Nichtvorliegens einer Schuldmitübernahme der Gläubiger nicht belangen kann, kann vom Gläubiger nicht etwa nach § 126 BGB. vertraglich in Anspruch genommen werden; denn der Dritte versteift sich damit lediglich auf eine Gesetzesvorschrift und ein solches Verhalten kann nicht als illoyal behandelt werden. Wenn dagegen der Bürge die Erfüllung der Bürgschaftsform arglistig hintertreibt durch die Vorspiegelung, er sei dem Gläubiger auch ohnedies verbindlich und durch das so erweckte irrige Vertrauen den Gläu-

biger zu nachteiligen Kreditmaßnahmen verleitet, ist er nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig.

§ 767.

Umfang der Haftung des Bürgen.

1. **RG.** 21. 11. 16, BankA. 16, 249, JW. 17, 811. Der Erfahrungssatz, daß bei Kredit- oder Kontokorrentbürgschaften mit festgesetztem Höchstbetrag dieser Höchstbetrag zugleich die Bürgschaft und die Hauptschuld dem Bürgen gegenüber begrenzt, kann durch die Umstände widerlegt werden. Vgl. § 774.

2. **RG.** 18. 12. 16, LeipzZ. 17, 802, PosMSchr. 17, 119 (mit Datumsangabe 14. 12.), R. 17 Nr. 1814. Die Annahme, daß § 767 Abs. 1 Satz 2 auch dann ohne weiteres Platz greife, wenn es sich um solche Veränderungen der Hauptschuld handle, die bereits vor der Übernahme der Bürgschaft eingetreten sind, ist rechtsirrtümlich und steht in Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes, das die Verpflichtung des Bürgen auf den jeweiligen Bestand der Hauptschuld nur insoweit erstreckt, als diese durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird (nicht „geändert ist") d. h. als die Hauptschuld nach der Übernahme der Bürgschaft eine Änderung erleidet. Diese Auslegung entspricht auch allein dem Zweck und Wesen des Bürgschaftsvertrags.

3. **RG.** 7. 12. 16, R. 17 Nr. 815. Auch wenn die Bürgschaftsschuld gegen Bestellung eines neuen Bürgen für sie in eine Darlehnsschuld umgewandelt und gestundet wird, bleibt ihre Abhängigkeit von der Hauptschuld bestehen und haftet die neue Bürgschaft auch für letztere.

4. Haftung des Bürgen für Nebenleistungen des Hauptschuldners. Colmar 28. 2. 16, JDR. 15 § 767 Ziff. 4, nun auch ElsLothZ. 17, 56.

5. **RG.** 2. 1. 17, R. 17, Nr. 381. Durch Vereinbarung mit dem Bürgen kann eine andere Verrechnungsweise der Zahlungen des Hauptschuldners bedungen werden, als letzterem gegenüber gilt.

6. BayObLG. 30. 10. 16, BayRpflZ. 17, 24. Die in einer Kaufvertragsurkunde übernommene Bürgschaft für die Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet den Bürgen dem Notar gegenüber nicht zur Deckung der Vertragskosten (Art. 40 bay. NotG.).

7. Dresden 22. 6. 15, SächsOLG. 38, 85. Die Bürgschaft für ein der Summe nach bezeichnetes Darlehen verpflichtet den Bürgen im Zweifel nur, wenn das Darlehen zum vollen Betrag gewährt wird.

8. Haftung des Bürgen für die Kosten einer gegen den Gläubiger erhobenen Widerspruchsklage. KG. 4. 5. 14, OLG. 34, 81. Ob zu den „Kosten der Rechtsverfolgung" auch die Kosten eines Interventionsprozesses gehören, den ein Dritter gegen den Gläubiger infolge der gegen den Hauptschuldner betriebenen ZwV. erhebt, kann nur nach Lage des Falles entschieden werden. Entscheidend ist, ob es im Interesse einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung lag, daß sich der Gläubiger auf eine Widerspruchsklage einließ. Der Bürge würde mit der Einrede der Vorausklage durchdringen, wenn ihm der Gläubiger nicht nachweist, daß gegen den Hauptschuldner fruchtlos vollstreckt ist. Ein erfolgloser Versuch liegt aber nicht vor, wenn der Gläubiger auf den Widerspruch eines Dritten die Pfandstücke ohne Prüfung des Rechtes des Widersprechenden freigibt. AM. Karlsruhe, DJZ. 11, 936, daß der Bürge für die Kosten nie hafte.

9. Verjährung der Bürgschaft. Hamburg 1. 5. 17, HansGZ. 17 Hbl. 187. Die für eine Schiffskollissionsforderung übernommene Bürgschaft unterliegt nicht der kurzen seerechtlichen, sondern der 30jährigen Verjährung des BGB. Die Bürgschaft ist zwar akzessorischer Natur, indem sie das Bestehen einer Hauptschuld voraussetzt und daher, wenn diese untergegangen ist, ebenfalls nicht mehr besteht, weshalb sich der Bürge auch auf Verjährung der Hauptschuld berufen kann. Im übrigen aber beruht die Bürgschaft auf einem selbständigen Rechtsgeschäft, das für sich zu beurteilen ist und eigenen Grundsätzen als besonderes Rechtsinstitut unterliegt. Insbesondere untersteht es, da Sonder-

vorschriften nicht gegeben sind, den allgemeinen Grundsätzen des BGB. bezüglich der Verjährung und ist nach diesen selbständig zu beurteilen. Der Anspruch gegen den Bürgen kann verjähren, auch wenn dem Hauptschuldner gegenüber die Verjährung unterbrochen ist und ebenso umgekehrt.

10. Colmar 17. 11. 16, ElsLothZ. 17, 335. Die Anerkennung einer Abrechnung der Hauptverbindlichkeit durch den Hauptschuldner wirkt gegen den Bürgen als Beweistatsache.

§ 768.

Einreden des Bürgen.

1. Bürgschaft und Pfandbestellung; Verjährung. KG. 28. 4. 16, OLG. 34, 82. Der Bürge, der neben der Verbürgung für die Schuld gleichzeitig dem Gläubiger eine Hyp. verpfändet hat, kann gegen die Klage auf Duldung der ZwV. in die Hyp. nicht die Verjährung der Bürgschaftsschuld einwenden. Denn daraus allein, daß nach der Fassung der Urkunde die Pfandbestellung für die Bürgschaftsschuld erklärt ist, folgt nicht, daß sich der Gläubiger wegen der Verjährung der Hauptschuld nicht mehr an das Pfand halten könne. Durch die Pfandbestellung für die Bürgschaftsforderung ist zugleich die Hauptforderung gesichert.

2. Augsburg 28. 4. 16, OLG. 34, 82, Anm. Haben die Beteiligten nachträglich verabredet, daß der Hauptschuldner die Bürgschaftsschuld „amortisiere", so hat der Gläubiger jede Einzelzahlung sofort zu verbuchen und von der Schuld abzurechnen; es ist nicht angängig, daß er die einmal gut geschriebenen Beträge in anderer Weise, z. B. zur Tilgung später erwachsener Zinsen, verrechnet.

3. Einrede des Wuchers gegen die Hauptschuld. Hamburg 14. 7. 16, OLG. 34, 82. Ist das dem Hauptschuldner gegebene Darlehen wegen Wuchers, z. B. Abzug zu hoher Provision, nichtig, so darf der Bewucherte deshalb nicht den ihm wirklich gegebenen Betrag behalten, sondern er muß diesen Betrag, auch wenn er das Geld verbraucht hat, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben. Diese Rückgewähr des Hauptschuldners bildet allerdings eine neue selbständige Schuld, auf die an und für sich die für die Darlehensschuld eingegangene Bürgschaft sich nicht ohne weiteres erstreckt. Hier liegen aber besondere Umstände dafür vor, daß die Bürgschaft nicht ausschließlich für die Darlehensschuld als solche gegeben ist. Der Bürge hat dem Hauptschuldner und dem Gläubiger, die zu seinen regelmäßigen Klienten zählten, gefällig sein wollen, indem er durch seine Bürgschaft dem ersteren weitere Befristung des Darlehens ermöglichte und dem Gläubiger die von diesem gewünschte Sicherheit gab. Der Bürge wußte auch, daß das Darlehen von einem seiner Angestellten vermittelt war und daß dieser hierfür eine hohe Provision genommen hatte. Wenn ihm auch deren wucherische Höhe nicht bekannt war, so wollte er doch dem Gläubiger, seinem damaligen Klienten, dafür einstehen, daß dieser auf alle Fälle wenigstens die an den Schuldner geflossene Summe zurückbekomme.

4. Einreden des Ausfallbürgen bei Anordnung der Geschäftsaufsicht gegen den Hauptschuldner. Hamburg 18. 1. 17. Vgl. Ziff. 7b zu § 765.

5. Verzicht des Bürgen auf Einreden s. § 776 Ziff. 2.

6. Aufrechnungseinwand des Bürgen aus dem Recht des Hauptschuldners gegenüber einer vom Gläubiger gegen den Bürgen lediglich auf Sicherheitsleistung erhobenen Klage. **RG.** 12. 3. 17, LeipzZ. 17, 675. Der Bürge, der sich dem Gläubiger gegenüber für die dem Gläubiger aus einem Kreditverhältnis gegen den Hauptschuldner entstandene Forderung verbürgt und dabei dem Gläubiger das Recht einräumt, schon vor Feststellung des Ausfalles und ohne vorhergegangene Belangung des Hauptschuldners von ihm für die ganze Schuld, mochte sie fällig sein oder nicht, bis zur Höhe des Bürgschaftsbetrags Sicherheitsleistung zu fordern, mag vielleicht berechtigt sein, aus dem Recht des Hauptschuldners einen Aufrechnungseinwand zu entnehmen,

wenn er auf Zahlung in Anspruch genommen wird. Wenn dagegen das LG. durch Auslegung der Bürgschaftsurkunde zu dem Ergebnis kommt, daß er dem Verlangen auf Sicherheitsleistung gegenüber zu diesem Einwand nicht berechtigt ist, so ist hierin ein Rechtsirrtum nicht zu finden.

§ 771.

Vorausklage und Ausfallbürgschaft s. § 765.

§ 774.

1. Übergang fiduziarischen Eigentums. **RG.** 8. 12. 16, LeipzZ. 17, 389. Ihrer wirtschaftl. Natur nach stehen Sicherungsübereignung und Verpfändung einander überaus nahe oder fallen geradezu zusammen. Auch der Fiduziar erhält das Recht nur zum Zweck seiner Sicherung eingeräumt. Daher darf es nach §§ 157, 242 BGB. ohne weiteres als Wille der Beteiligten erachtet werden, daß der Gläubiger und Sicherungseigentümer das Recht auf den Bürgen, durch den er Befriedigung erhalten hat, übertragen muß und der Hauptschuldner einer solchen Übertragung im voraus zustimmt.

2. Geltendmachung des Forderungsübergangs durch den Bürgen zum Nachteile des Gläubigers. Kann der Bürge, der die verbürgte erststellige Hypothek ablösungsweise bezahlt hat, trotz § 774 Abs. 1 Satz 2 den Übergang im Range vor einer weiteren Nachhypothek desselben Gläubigers geltend machen? a) **RG.** 11. 11. 16, BankA. 16, 248, JW. 17, 811. Der im RG.-Komm. aufgestellte Erfahrungssatz, daß es der Verkehrsauffassung im Bankverkehr entspreche, im Zweifel bei Kredit- und Kontokorrentbürgschaften mit festgesetztem Höchstbetrag diesen zugleich als Begrenzung der Bürgschaft und der Hauptschuld dem Bürgen gegenüber anzusehen, hindert nicht, im einzelnen Fall auf Grund des Wortlauts der Bürgschaftserklärung und einer Würdigung der ganzen Sachlage zu einer anderen Auslegung zu gelangen. Die Tatsache, daß die GmbH. (Schuldnerin) zunächst nur einen Kredit von 100000 M. verlangt und die Bank damals wohl auch nicht beabsichtigt hat, vorerst einen höheren Kredit zu gewähren, ist vom BerRichter gewürdigt, aber ohne Rechtsirrtum nicht für geeignet befunden werden, die Annahme auszuschließen, daß die Bank die Höchstsumme des der GmbH. zu gewährenden Kredits gegenüber dem Bürgen nicht auf diesen Betrag beschränken wollte und daß eine solche Absicht jedenfalls diesem gegenüber keinen Ausdruck gefunden hat. Daß die Bank damals die Gewährung eines weiteren Kredits vorerst nicht beabsichtigt hat, schließt nicht aus, daß sie die Möglichkeit, daß doch künftig eine Krediterhöhung erfolgen könne, schon damals ins Auge gefaßt und für diesen Fall sich die Bürgschaftserklärung hat geben lassen. Auch den Umstand, daß ein Teil des Kredits Trattenkredit, ein anderer Teil Kontokorrentkredit gewesen und daß für die Tratten ein besonderes Konto geführt worden ist, hat der BerRichter gewürdigt, aber abgelehnt, daraus eine Mehrheit der Ansprüche der Bank abzuleiten, da dem die anerkanntermaßen für die GmbH. verbindlichen Bedingungen der Bank entgegenständen, denen zufolge die mehreren für einen Kommittenten geführten Rechnungen zusammen ein einheitliches Kontokorrent i. S. des Ges. bilden. Der Einwand, daß die Geschäftsbedingungen der Bank den beklagten Bürgen nichts angingen, da er in keiner Verbindung mit der Bank gestanden habe, beruht auf einer Verkennung der akzessorischen Natur der Bürgschaft. Ist sonach die Annahme des BerR., daß der Bürge sich unter der Beschränkung seiner Bürgschaftsverpflichtung auf den Betrag von 100000 M. für sämtliche Forderungen der Bank aus ihren Geschäftsbeziehungen zur GmbH. verbürgt hat und daß das Kreditverhältnis zwischen der Bank und der GmbH. eine einheitliche Forderung der ersteren darstellt, nicht zu beanstanden, so erscheint auch die Folgerung nicht rechtsirrtümlich, daß der Bürge durch Zahlung der 100000 M. zwar seine Bürgschaftsschuld ganz, aber die verbürgte Schuld nur zum Teil bezahlt hat und daß er deshalb den durch diese Teilzahlung bewirkten Übergang eines entsprechenden Teiles der Forderung und der zur Sicherung des gesamten Kreditverhältnisses bestellten Hypotheken gemäß § 774 Abs. 1 Satz 2 nicht geltend machen

kann zum Nachteil des der Bank verbliebenen Teils der Gesamtforderung. **RG.** 76, 195 steht nicht entgegen.

b) Zeitlmann, JW. 17, 844 folgert aus § 772 Abs. 2 Satz 2, nach welcher Vorschrift dem Gläubiger, der 2 selbständige, durch dasselbe Faustpfand gesicherte Forderungen hat, die sonst allgemein statuierte Pflicht zur Vorausklage des Pfandes dann erlassen wird, wenn der Wert des Pfandes nicht die beiden Forderungen deckt, daß der Bürge die auf ihn übergehende Forderung mit Pfandrecht nur nach der weiteren Pfandforderung desselben Gläubigers liquidieren darf.

c) Stillschweig, JW. 17, 845 erkennt die Richtigkeit der Zeitlmannschen Ausführungen zwar für den Sonderfall des § 772 Abs. 2 Satz 2 (Mobiliarpfand für 2 verschiedene Forderungen des Gläubigers, die gleichen Rang haben) an; ein allgemeines Prinzip sei aber daraus nicht zu entnehmen. Befriedigt der Bürge, der sich nur für die rangbessere Hyp. verbürgt hat, den Gläubiger, so erwirbt er diese Hyp., der Gläubiger behält seine rangschlechtere Hyp. genau so, wie er sie früher gehabt hat; er wird durch den Übergang der ersten Hyp. auf den Bürgen nicht geschädigt, würde im Gegenteil einen durch nichts gerechtfertigten Vorteil erlangen, wenn seine zweite Hyp. plötzlich den Rang vor der auf den Bürgen übergegangenen erhalten würde. Die obengestellte Frage ist also zu bejahen. Zweifelhaft könnte die Entscheidung sein in den Fällen, in denen die Tilgung der verbürgten Schuld durch den Schuldner zu einem Erlöschen der Hyp. führen würde (z. B. wegen § 1179). Tilgt hier der Schuldner, so entsteht keine Eigentümerhypothek; löst der Bürge den Posten ab, so wird durch den Übergang der Hyp. auf den Bürgen der Gläubiger schlechter gestellt, als wenn der Schuldner gezahlt hätte. Aber vor diesem Nachteil will das Gesetz den Gläubiger nicht schützen. Also auch hier ist die Frage zu bejahen. Anders in dem vom **RG.** JW. 17, 811 (s. oben 2a) behandelten Falle, wo die Bürgschaft sich nicht auf eine bestimmte Hypothek, sondern auf den unausgeschiedenen Teil einer größeren einheitlichen Forderung erstreckt, zu deren Sicherheit mehrere Hyp. bestellt sind.

3. Ausgleichung unter Mitbürgen, die Gesellschafter einer GmbH. sind und in dieser Eigenschaft für eine Schuld der Ges. die Bürgschaft übernommen haben. **RG.** 21. 2. 16; 88, 122. Vgl. JDR. 15 § 774.

§ 775.

Beendigung einer Kreditbürgschaft. **RG.** 2. 1. 17, LeipzZ. 17, 592, R. 17 Nr. 383. Eine ausdrückl. Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger, daß er dem Hauptschuldner keinen weiteren Kredit mehr gewähren dürfe, schließt selbstverständlich die Bürgschaft für jede weitere Kreditgewährung aus. Die einseitige Erklärung des Bürgen würde aber unter Umständen bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Kreditbürgschaft als zulässige Kündigung aufzufassen sein.

§ 776.

1. Sorgfaltspflicht des Gläubigers. a) München 23. 10. 16, OLG. 34, 84. Der Gläubiger ist regelmäßig nicht verpflichtet, bei dem Vorgehen gegen den Hauptschuldner die Interessen des Bürgen wahrzunehmen; er hat — abgesehen von § 776 — keine Sorgfaltspflicht gegenüber dem Bürgen, er braucht ihm auch nicht einen die Vermögensverhältnisse des Schuldners betreffenden Vorgang mitzuteilen.

b) Zweibrücken 18. 1. 15, OLG. 34, 84. Nichtgeltendmachen der schuldnerischen Wechsel gegen die anderen zahlungsfähigen Wechselschuldner. Der dem selbstschuldnerischen Bürgen abgenommene Verzicht auf jede Einrede ist wirkungslos, da er den Bürgen entgegen Treu und Glauben der Willkür des Gläubigers ausliefert. Der Gläubiger darf auch nicht über § 776 hinaus die Stellung des Bürgen willkürlich oder grobfahrlässig verschlechtern. Das hat aber der Gläubiger getan, indem er die Wechsel des Hauptschuldners, für die andere zahlungsfähige Schuldner ebenfalls

hafteten, gegen letztere nicht geltend machte, sondern die von diesem angebotene Deckung zurückwies. Damit hat er den Ausfall selbst verschuldet.

2. RG. 16. 4. 17, LeipzZ. 17, 1066, R. 17 Nr. 1407. Eine ausdrückliche Einwilligung in die Freigabe wird in der Regel den Sinn haben, daß der Bürge trotzdem unverändert weiter haften will. Der Bürge kann aber auf die Befreiungswirkung nach Satz 2 auch stillschweigend verzichten. Das ist insbesondere anzunehmen, wenn der Bürge an der ihm bekannten und von ihm gebilligten Freigabe ein erhebliches Interesse hat.

§ 777.

1. Hamm 20. 6. 14, OLG. 34, 84 Anm. Die Bürgschaft für eine befristete Hauptschuld ist nicht etwa nur bis zur Fälligkeit der Leistungen des Schuldners eingegangen und kann daher nicht nach § 777 gekündigt werden.

2. Verlängerung der Bürgschaftsdauer. Colmar 5. 6. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 766.

3. Kiel 9. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 208. Die Anzeige aus § 777 Abs. 1 Satz 2 kann schon vor dem Ablauf der Haftungszeit erfolgen. Aber auch für den Fall des Satz 1 ist eine der Beendigung des Verfahrens gegen den Hauptschuldner vorausgehende Anzeige wirksam.

§ 778.

Aufkündigung des einem Ausländer gewährten Kredits während des Krieges. Hamburg 8. 12. 16, JW. 17, 376. Vgl. § 762 Ziff. 2.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779.

1. Im Scheidungsprozeß erklärtes Rentenzahlungsversprechen. RG. 26. 11. 15, WarnE. 17, 11. Ein im Ehescheidungsprozeß abgeschlossener Vergleich, wonach im Falle der Scheidung unter Schuldigerklärung beider Teile der klagende Ehemann sich zur Zahlung einer Rente an die Frau verpflichtet und beide Teile auf jedes Rechtsmittel gegen das Scheidungsurteil verzichten, verstößt, da bei Einlegung eines Rechtsmittels der Prozeß ja möglicherweise mit Aufrechterhaltung der Ehe hätte enden können, gegen den im § 622 ZPO. enthaltenen Grundsatz des Eheschutzes.

2. RG. 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1040. Für die Frage, ob eine Vereinbarung als Vergleich i. S. des Ges. anzusehen ist, ist es unerheblich, daß es nach dem Inhalt der Abrede erst noch des Spruches von Gutachtern bedarf, um die Angelegenheit völlig zum Abschluß zu bringen; zur Beseitigung des Streits genügt es, daß die Parteien sich dem Spruch der Gutachter im voraus gefügt haben.

3. Anfechtbarkeit eines Vergleichs. a) Hamburg 1. 7. 15, OLG. 34, 85 Anm. Haben sich die Parteien über die Frage des arglistigen Verhaltens der einen Partei verglichen, so können sie eine Anfechtung des Vergleichs wegen Arglist nur auf andere Tatsachen stützen als die, die in dem dem Vergleich vorausgegangenen Streit die Arglist begründen sollten.

b) KG. 2. 6. 16, OLG. 34, 85. Der Bekl. ficht den Vergleich an, weil dieser nur den Vertrag bestätige, der Vertrag aber wegen Betrugs angefochten und darum auch der Vergleich nichtig sei. Der Vergleich wurde aber gerade deshalb abgeschlossen, weil die Parteien, die die Vorspiegelungen des Reisenden kannten und den Vertrag aus diesem Grunde angefochten hatten, zweifelhaft waren, ob sie mit der Anfechtung durchdringen könnten. Der Vergleich ist auch keine Bestätigung des Vertrags, sondern stellt ein neues für sich bestehendes Rechtsgeschäft dar, bei dem jeder Teil von seinen Ansprüchen etwas aufgibt oder durch das der Streit über ein zweifelhaftes Rechtsgeschäft beseitigt werden soll.

c) Rostock 7. 10. 14, OLG. 34, 86. Unter dem „zugrunde gelegten Sachverhalt" sind nicht Streitpunkte zu verstehen, die einen Gegenstand des Vergleichs bildeten, sondern

andere tatsächliche Voraussetzungen, auf die der Streit oder die Ungewißheit sich nicht bezog. Im allgemeinen wird allerdings davon ausgegangen werden können, daß die Geschäftsfähigkeit der Vertragsteile beim Abschluß eines durch den Vergleich aufgehobenen Vertrags zu dem nach dem Inhalte des Vergleichs, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt gehörte und dieser der Wirklichkeit nicht entsprach, wenn einer der Vertragsteile damals geschäftsunfähig war. Anders liegt die Sache aber, wenn bei dem Vergleichsabschlusse die Geschäftsfähigkeit einer der Personen, die den ursprünglichen Vertrag abgeschlossen hatten, in Zweifel gezogen war.

d) **RG.** 20. 3. 17, R. 17 Nr. 1039. Unter „Sachverhalt“ i. S. des § 779 ist nur der Inbegriff der zur Zeit des Vergleichsabschlusses bereits bestehenden tatsächlichen Verhältnisse zu verstehen, nicht aber ein Zustand, der erst in Zukunft unter Mitwirkung des anderen Vertragsteils geschaffen werden soll.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

§§ 781, 782.

1. Begriff des Schuldanerkenntnisses, Erfordernis einer selbständigen Verpflichtungserklärung. **RG.** 1. 2. 17, R. 17 Nr. 1617, WarnE. 17, 180. Es muß die Absicht des Erklärenden sein, daß das Anerkenntnis die Verpflichtung selbständig begründen soll. Es genügt nicht, daß durch das Anerkenntnis nur Zweifel über die Rechtsbeständigkeit oder über die Auslegung einer verpflichtenden Willenserklärung beseitigt und dabei die alte Verpflichtung mit dem alten Schuldgrund bestätigt werden soll.

2. Dresden 30. 5. 16, SächsRpflA. 17, 97. Um ein Schuldanerkenntnis annehmen zu können, muß die Absicht des Versprechenden, eine selbständige, von dem Grundgeschäft unabhängige Verpflichtung zu übernehmen, bei der Abgabe des Anerkenntnisses vorhanden und in der Erklärung erkennbar zum Ausdruck gekommen sein.

3. **RG.** 16. 2. 17, BauersZ. 24, 198, HoldheimsMSchr. 17, 235, LeipzZ. 17, 730. Wenn ein Vorstandsmitglied einer AG., bei der es ein Konto hat, in der von ihm selbst für die Ges. gefertigten, dieser überreichten Bilanz der Ges. erklärt, ihr einen bestimmten Betrag zu schulden und die Ges. die Bilanz genehmigt, so ist darin regelmäßig der Abschluß eines Vertrags zu erblicken, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses in der fraglichen Höhe anerkannt wird.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

§ 790.

RG. 10. 10. 17, R. 17 Nr. 1995. Der Widerruf einer nicht angenommenen Anweisung ist vor der Leistung auch dann zulässig, wenn sich die Anweisung selbst als unwiderruflich bezeichnet.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 808.

1. Breslau 2. 7. 15, OLG. 34, 89. Eine Sparkasse, die trotz Vorlage des Sparkassenbuchs die Auszahlung des Guthabens an den Vorleger verweigert, weil trotz der tatsächlich erfolgten Abtretung des Guthabens die Legitimation des Vorlegers nicht nachgewiesen ist, macht sich gegenüber dem Vorleger schadensersatzpflichtig, wenn sie das Sparbuch, anstatt es an den Vorleger zurückzusenden, dem nach dem Buche noch nach außen hin als forderungsberechtigt erscheinenden Zedenten zurückschickt und bei diesem nun das Buch von einem Angestellten unterschlagen wird. Denn die Sparkasse hat durch diese eigenmächtige Rücksendung des Buchs an den Zedenten statt an den Vorleger das Besitzrecht des letzteren an dem Buch widerrechtlich und schuldhaft verletzt.

2. **RG.** 9. 2. 17; 89, 401, R. 17 Nr. 602. Eine Sparkasse, die nach ihrer Satzung mit befreiender Wirkung an den Vorzeiger des Buches zahlen darf, zahlt gleichwohl auf

eigene Verantwortung, wenn sie die Nichtberechtigung des Vorzeigers kennt oder sonst wider Treu und Glauben die Auszahlung an diesen bewirkt.

3. **RG.** 9. 2. 17; 89, 401. Die Sparkasse ist zur Hinterlegung des von mehreren Bewerbern in Anspruch genommenen Sparkassenbetrags auch dann befugt, wenn das Sparkassenbuch auf einen der Bewerber umgeschrieben ist. Denn die Umschreibung des Buches begründet an sich kein unanfechtbares Recht; sie ist nur eine Beweisanzeige für die Abtretung.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Schrifttum: Fischer, Der Wucherer hat kein Rückforderungsrecht, R. 17, 284. — Lesser, Einfluß der BRVO. vom 18. 1. 1917 über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen auf die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB., JW. 17, 452. — Matthiessen, Die zivilrechtlichen Folgen übermäßiger Preissteigerung, LeipzZ. 17, 1289. — Moses, Rechtsfolgen falscher Ablieferung von Frachtgut durch den Frachtführer, BreslJnDiss. — Schalhorn, Die Ansprüche des Arbeitnehmers bei Verweigerung zugesagten Erholungsurlaubs, GewuKfmG. 22, 163.

§ 812.

I. Abs. 1. 1. Schalhorn. Der Arbeitgeber, der bezahlten Urlaub versprochen und nicht bezahlt hat, hat Vorteile erlangt, die ihm nicht gebührten, er hat die Arbeitskraft des Angestellten auch in einem Zeitraum ausnützen können, wo er keinen Anspruch darauf hatte. Hier helfen die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812, 818 Abs. 2). Der Arbeitgeber muß den Wert dieser Mehrleistung an Arbeit, berechnet nach der Zahl der entgangenen Urlaubstage, dem Angestellten ersetzen.

2. **RG.** 12. 6. 17; 90, 314. § 812 ist auf das öffentl.-rechtl. Beamtenverhältnis entsprechend anwendbar (**RG.** 83, 161). Rückzahlung der einem Beamten zuviel gezahlten Reisekosten an den Fiskus.

3. KG. 28. 11. 16, OLG. 34, 92. Der Anspruch des § 812 soll zur Ausgleichung der Vermögensverschiebung, die sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hat, dienen und steht deshalb dem Leistenden gegen den Empfänger zu. Daraus folgt, daß er zwar dem Vertretenen und nicht dem Vertreter zusteht; daß er aber dem Leistenden auch dann zusteht, wenn er im eigenen Namen im Auftrage und für Rechnung eines Dritten geleistet hat, mag er auch auf Grund des Auftrags von dem Dritten Ersatz verlangen können (**RG.** 73, 177).

4. **RG.** 13. 11. 16, DJZ. 17, 749, GruchotsBeitr. 61, 308, JW. 17, 103, PosMSchr. 16, 117. Die Rückforderung einer Leistung wegen Nichtbestehens einer Rechtspflicht zur Leistung ist einer der in § 812 vorgesehenen Fälle der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung, aber nicht der einzige, und setzt voraus, daß die Leistung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geschah. Als rechtlicher Grund einer Leistung im allgemeinen aber ist i. S. des § 812 nicht nur eine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung oder eine Gegenleistung zu denken; es genügt dazu jeder Grund (Zweck), der nach dem Willen der Beteiligten für das Rechtsgeschäft bestimmend war, z. B. eine Gefälligkeit, eine sittliche Pflicht, oder eine Anstandsrücksicht (vgl. **RG.** 71, 316, WarnE. 10 Nr. 17, Planck (3) § 812 Anm. 3, Enneccerus [9—11] I 2 § 442). Nur muß (vgl. **RG.** WarnE. 16, 362) der bezweckte Erfolg nicht nur Beweggrund des Geschäfts gewesen, sondern mit zu dessen Inhalt geworden sein, wovon auch für selbständige Schuldversprechen nach §§ 780, 781 keine Ausnahme gilt (vgl. § 812 Abs. 2, **RG.** 86, 304 und die angef. Rspr., auch **RG.** 53, 296).

5. **RG.** 26. 2. 17, WarnE. 17, 172. Damit man sagen kann, es sei der nach dem Inhalt eines Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten, genügt es nicht, daß sich der Leistende einseitig einen bestimmten Erfolg vorgestellt hat und daß diese Vorstellung den Beweggrund für seine Leistung bildete. Die Zweckbestimmung muß vielmehr zum „Inhalt des Rechtsgeschäfts" gemacht sein. Dazu ist aber erforderlich, daß der von dem Leistenden verfolgte Zweck auch zum Ausdruck gebracht und dem Empfänger erkennbar geworden ist, und zwar so, daß sich sagen läßt (vgl. **RG.** 66, 132, JW. 12, 35, auch JW. 11, 540),

beide Teile seien, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend darüber einig gewesen, daß die Zweckbestimmung einen wesentlichen Bestandteil des Vertrages bilden sollte.

6. **RG.** 22. 1. 17, BayRpflZ. 17, 188, GruchotsBeitr. 61, 792, R. 17 Nr. 603, 605, 606, 607, WarnE. 17, 177. Wird an einen Geisteskranken eine Darlehnssumme ausgezahlt und gibt er den Betrag weiter an einen Dritten, damit dieser damit einen von ihm ausgestellten, von dem Geisteskranken akzeptierten Wechsel bezahle, so liegt eine Bereicherung des Dritten auf Kosten des die Darlehnssumme Hergebenden vor. — Leistet eine Bank für Rechnung eines anderen eine Zahlung und stellt sich später heraus, daß der Zahlungsempfänger geisteskrank war, so hat gleichwohl im Verhältnis der Bank zu ihrem Auftraggeber die Zahlung als bewirkt zu gelten.

7. Braunschweig 20. 3. 14., OLG. 34, 95. Zahlungen eines Geisteskranken mit geliehenem Gelde. Nach § 105 BGB. ist sowohl der Auftrag zur Zahlung als auch die Hingabe des Geldes nichtig. Nach § 812 ist berechtigt zu dem Ausgleich derjenige, „auf dessen Kosten" der Vorteil erlangt ist. Zur Erfüllung dieses Erfordernisses ist zwar nicht nötig, daß dem Geschädigten ein wirklicher gegenwärtiger Vermögensbestandteil entzogen und sein Vermögen positiv verringert ist. Vielmehr genügt, daß der den anderen Teil bereichernde Vorgang den Vermögensstand des Geschädigten irgendwie beeinflußt (Crome, Bürgl. R. § 317, Oertmann § 812). Daran fehlt es hier. Kl. hat das Geld nicht aus seinem Vermögen genommen, sondern es von seiner Mutter geliehen. Bei dem Empfang des Darlehns war der Kl. bereits geisteskrank und deshalb nicht im Stande, Besitz und Eigentum an dem Gelde zu erwerben. Das Geld gehörte nach wie vor seiner Mutter und ist aus deren Vermögen in das des Bekl. übergegangen. Kl. hat bei dieser Vermögensverschiebung, von der sein Vermögensstand unberührt geblieben ist, nur die Rolle eines Werkzeuges gespielt. Der Bereicherungsanspruch steht daher nicht dem Kl., sondern seiner Mutter zu.

8. **RG.** 30. 3. 16, BankA. 16, 214, LeipzZ. 17, 219. Unwirksamkeit einer Wechseldiskontierung wegen Geschäftsunfähigkeit des Diskontierenden. Die diskontierende Bank kann sich wegen einer vor Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ihr gegebenen Sicherheit wegen des Beleihungsanspruchs aus dem Diskontogeschäft an die Sicherheit halten und den Geschäftsunfähigen oder dessen Erben in Anspruch nehmen.

9. **RG.** 1. 5. 17, LeipzZ. 17, 1342. Wenn der Vertreter eines Geschäftsunfähigen Gelder seines Mündels in unwirksamer Weise von einer Bank abhebt und sie für sein Mündel verwendet, so sind die Gelder dem Vermögen des Mündels zugeflossen und dieser ist auf Kosten der Bank bereichert.

10. Stuttgart 4. 7. 16, WürttJ. 28, 152. Bereicherungsklage eines Geisteskranken wegen einer auf seine Rechnung erfolgten Zahlung einer Nichtschuld.

11. Beweislast. a) **RG.** 16. 5. 17, WarnE. 17, 343. Der Kl. muß den Beweis führen, daß der Bekl. durch die Leistung etwas ohne rechtlichen Grund erlangt habe (**RG.** 49, 302; 57, 323, WarnE. 14 Nr. 76). Dieser Beweis kann je nach den Umständen auch dadurch geführt werden, daß der Kl. den vom Bekl. geltend gemachten Rechtsgrund für die Vornahme der Leistung widerlegt (WarnE. 08 Nr. 506).

b) **RG.** 12. 6. 17; 90, 314. Der Bereicherte hat die Beweislast für die Voraussetzungen des § 814 auf seiten des Zahlenden (**RG.** 60, 420).

12. Rostock 22. 12. 16, MecklZ. 35, 289. Klageänderung bei Vertragsanspruch und Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn die beiden Ansprüche sich auf verschiedene Tatbestände gründen, insbes. für den Vertragsanspruch die Gültigkeit, für den Bereicherungsanspruch die Ungültigkeit des Vertrags geltend gemacht ist (**RG.** LeipzZ. 15, 1151).

13. **RG.** 16. 5. 17, WarnE. 17, 343. Übergang von der Vertragsklage zur Klage auf ungerechtfertigte Bereicherung ist der Regel nach Klageänderung (**RG.** JW. 05, 208; 99, 741, LeipzZ. 15, 1151).

14. **RG.** 4. 4. 17; 90, 137, JW. 17, 655. Der Anwendung der Bestimmungen des

BGB. über die ungerechtfertigte Bereicherung im Bereiche des Kunsturhebergesetzes steht grundsätzlich nichts im Wege. Auch bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung ist der § 260 BGB. anwendbar. S. o. § 260.

15. Zweibrücken 18. 1. 15, OLG. 34, 94. Klage eines von mehreren Gesamtschuldnern, gegen den die Klage in der Berufung abgewiesen war, gegen den Kl. auf Rückgabe der Hälfte des gezahlten Betrages, sowie der Hälfte der später dem Anwalt des früheren Kl. gezahlten Anwaltskosten. Nur die Hälfte der Anwaltskosten ist gemäß § 812 für den Kl. ohne Rechtsgrund geleistet und daher zurückzuzahlen.

16. **RG.** 19. 3. 17, LeipzZ. 17, 921. Bereicherung desjenigen, der eine Wohnung über die ihm rechtlich zustehende Zeit benutzt, auf Kosten des Eigentümers? Bereicherung nicht ohne weiteres gegeben. Eine Wohnung, die nicht vermietbar ist und leer stehen würde, bringt nichts ein. Man wird bloß daraufhin, daß ein anderer, wie hier die Bekl., eine solche Wohnung inne hat, nicht schon behaupten können, daß der Kl. (Eigentümer) infolgedessen den Mietwert dieser sonst leerstehenden Wohnung eingebüßt habe und daß die Bekl. im Umfange dieser Bewertung die Wohnung auf Kosten des Kl. inne gehabt habe.

17. Hamburg 9. 5. 17, R. 17, 368 Nr. 724. Der Käufer, der einen über den Höchstpreis hinausgehenden Preis für eine Ware gezahlt hat, ist grundsätzlich zur Rückforderung berechtigt. Eine im voraus getroffene Vereinbarung, den Überpreis nicht zurückzufordern, würde gegen das Gesetz verstoßen und nichtig sein. Dagegen ist ein schenkungsweiser Verzicht des Käufers auf sein Recht zur Zurückforderung zulässig.

18. Darmstadt 24. 1. 17, OLG. 34, 91. Bereicherung der Ehefrau durch Veräußerung von Gegenständen des eingebrachten Gutes.

19. **RG.** 2. 5. 17, R. 17 Nr. 1255. Die gutgläubige Benutzung einer nicht geschützten Erfindung kann nicht einen BerAnspr. erzeugen. Es tritt dabei keine Vermögensverschiebung ein, weil der Erfinder nicht berechtigt ist, die Benutzung der Erfindung gutgläubigen Dritten zu untersagen, und es wäre mit dem Patent- und GebrMGesetze nicht vereinbar, an die Benutzung der ungeschützten Erfindung den BerAnspr. zu knüpfen, während er der geschützten Erfindung nicht gewährt wird. Daher ist auch schon vom RG. ausgesprochen, daß die Benutzung einer fremden ungeschützten Erfindung für den Erfinder nur aus dem Gesichtspunkte des Vertrages oder der unerl. Handlung Ansprüche zu erzeugen vermag (**RG.** 28, 49; 77, 81).

20. Colmar 17. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 367. Haftung des Gläubigers des Ehemannes, der wegen einer Schuld des Mannes eingebrachtes Gut der Frau pfänden und versteigern läßt, nach §§ 812, 818.

21. **RG.** 21. 10. 16; 89, 21 (27). Tritt der Versicherer in die Rechte des Versicherungsnehmers gegen einen Dritten ein und zahlt er die Versicherungssumme an den Versicherungsnehmer, erhält dieser aber von dem Dritten den Ersatz, so ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, dem Versicherer nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung den zuviel empfangenen Betrag zu erstatten.

22. **RG.** 26. 6. 16, R. 17 Nr. 1815. Der Verletzte, der eine Kur verweigert, kann von dem Haftpflichtigen nicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung Zahlung der gesparten Kurkosten verlangen.

23. Hamburg 8. 5. 17, JW. 17, 820, OLG. 35, 71. Die Kondiktion eines prozessualen Anerkenntnisses ist nicht angängig. § 812 Abs. 2 bezieht sich nur auf ein vertragsmäßiges Anerk. § 812 will nur den Fall behandeln, daß jemand durch die Leistung eines anderen auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt. Das kann für das vertragsmäßige Anerk. zutreffen, nicht aber für das Gericht. Denn hier erlangt der andere Teil durch das Anerk. niemals etwas ohne rechtlichen Grund, er verlangt vielmehr etwas, worauf er kraft der prozeßrechtlichen Wirksamkeit dieses einseitigen Anerk. auf Grund der Vorschrift des § 307 ZPO. ein rein formales Recht hat. Auch bewirkt das prozessuale Anerk. nicht die Feststellung eines in Wahrheit gar nicht bestehenden, sondern die Herstellung eines neuen Schuldverhältnisses, nämlich einer Judikatsschuld im Rahmen des

§ 307 (ebenso Staudinger Anm. 1 c zu § 812; Stein, ZPO. Bem. V S. 771; Seuffert, ZPO. § 307 Anm. 3; Köln OLG. 13, 150; Celle OLG. 18, 57).

§ 816.

1. **RG.** 28. 6. 16; 88, 351. Zwangsversteigerung von Gegenständen, die einem Dritten gehören. Wird vor der Erteilung des Zuschlags von dem Dritten nicht die Aufhebung oder einstw. Einst. des Verf. bezüglich der Gegenst. herbeigeführt, so tritt nach § 37 Nr. 5. ZwVG. der Erlös an die Stelle der Gegenst. Dies entspr. dem § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese Vorschr. ist auch auf den Fall der Verst. gepfändeter, dem Schuldner nicht gehöriger Gegenst. durch den Gerichtsvollzieher in **RG.** 20. 11. 05 (JW. 06, 15) mit der Ausführung zur Anw. gebracht worden, der Gläubiger treffe, indem er durch den GV. dem Schuldner nicht gehörige Gegenst. zum Zwecke seiner Befriedigung nehmen und versteigern lasse, als Nichtberechtigter über diese Gegenst. eine Verfügung, die mit Rücksicht auf die Rechte des Erwerbers dem Eigentümer gegenüber wirksam sei. Nicht anders verhält es sich, wenn in einem auf Antrag des betreibenden Gläubigers durch das ZwangsvollstrG. angeordneten ZwverstVerf. zugleich mit dem Grundstücke des VollstrSchuldners Gegenst., die dem Schuldner nicht gehören, versteigert werden. Der betr. Gläubiger trifft dann, indem er durch das VollstrG. die Gegenst. zum Zwecke seiner Befriedigung versteigern läßt, als Nichtberechtigter über die Gegenst. eine Verfügung, die mit Rücksicht auf die vom Ersteher durch den Zuschlag erworbenen Rechte dem Eigentümer gegenüber wirksam ist. Dem Eigentümer gebührt daher der durch die Verst. der Gegenst. erlangte Erlös. Dies ist durch die Vorschrift des § 37 Nr. 5 ZwVG. noch besonders zum Ausdrucke gebracht worden. Daher kann der dritte Eigentümer sein Recht auf den Erlös, der durch die Verst. der ihm gehörigen Gegenst. erzielt worden ist, im Verteilungstermine geltend machen und verlangen, daß der Erlös als nicht zum Vermögen des VollstrSchuldners gehörig, sondern ihm gebührend aus der Teilungsmasse ausgeschieden und an ihn herausgegeben werde. Wird dieser Erlös vom VollstrG. zur Verteilung gebracht, so ist der Dritte zum Widerspruche gegen den Teilungsplan berechtigt und kann er von denj. Inh. von Rechten am Grundstücke, die nicht zur Hebung gekommen wären, wenn der Erlös nicht zur Verteilung gebracht worden wäre, Einwilligung in die Zuweisung des durch die Verteilung dieses Erlöses Erlangten beanspruchen. Der Umfang des Anspr. bestimmt sich nach dem Betrage des Erlöses, nicht etwa nach dem Werte, den die verst. Gegenst. z. Z. der Verst. hatten. — Berechnung des dem Dritten zu zahlenden Betrages (357ff.) — Auch wenn der Erlös den Wert, den die Gegenst. für den dritten Eigentümer hatten, übersteigt, gebührt dem Eigentümer der Erlös in ganzer Höhe, da nach § 37 Nr. 5 ZwVG. dieser Erlös an die Stelle der Gegenst. tritt. Diejenigen, denen ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke zusteht, haben auf den Erlös für die Gegenst. auch insofern kein Recht, als er etwa jenen Wert übersteigt. Es gilt hier das gleiche wie wenn ein Nichtberechtigter über einen Gegenst. eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist und dabei das durch die Verfügung Erlangte den Wert, den der Gegenstand für den Berechtigten hat, übersteigt. Der Nichtberechtigte muß nach § 816 Abs. 1 S. 1 das Erlangte in ganzer Höhe an den Berechtigten herausgeben und hat kein Recht darauf, das, was er durch die unberechtigte Verfügung etwa nach besonders obwaltenden Verhältnissen über jenen Wert hinaus erlangt hat, für sich zu behalten.

2. KG. 9. 7. 14, OLG. 34, 99. Anspruch des Zessionars der Mieten auf deren Herausgabe gegen den Ersteher des Grundstücks. Der Anspruch ist begründet, wenn der Zessionar beweist, daß ihm gegenüber die von dem nicht berechtigten Bekl. (Ersteher) bewirkte Einziehung der Miete wirksam ist. Diese Frage ist nach § 407 BGB. zu entscheiden. J. S. des § 407 ist der Bekl. (Ersteher) gemäß § 571 BGB. u. § 57 ZwVG. der bisherige Gläubiger, der Kl. (Zessionar) der neue Gläubiger der Mietszinsen. Der Kl. muß daher die Mietszahlung an den Bekl. gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Mieter die Abtretung an ihn bei der Zahlung gekannt haben.

3. Moses. § 816 Abs. 1 ist keine Ausnahme des Grundsatzes des § 812 (unmittel-

bare Vermögensverschiebung). — Inhalt des Anspruchs aus § 816: Das „Erlangte" ist nicht der Erlös auf Grund des obligatorischen Rechtsgeschäfts, sondern der Wert des veräußerten Gegenstandes (23ff.).

§ 817.

1. **RG.** 30. 10. 16, DJZ. 17, 681, GruchotsBeitr. 61, 301, JW. 17, 35. Nach § 817 S. 1 ist der Empfänger einer Leistung zur Herausgabe verpflichtet, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzl. Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Die Rückforderung ist nach Satz 2 jedoch ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. Vorausgesetzt für die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 ist hiernach, daß die Vornahme der Leistung im Hinblick auf deren Zweck gesetzlich verboten oder unsittlich ist. Diese Vorauss. ist gegeben, wenn eine Leistung zur Erfüllung eines Vertrags bewirkt wird, der einen gesetzl. verbotenen Zweck verfolgt, z. B. eines Abkommens, durch das dem Verbot des § 181 S. 3 KO. zuwider einzelne Gläubiger des Gemeinschuldners bevorzugt werden sollen (**RG.** 72, 46). Davon verschieden sind aber solche Fälle, in denen der mit der Leistung verfolgte Zweck erlaubt, dem Leistenden jedoch die Verfügung über den Gegenstand der Leistung gesetzlich verboten ist. Nicht der Zweck, sondern der Gegenstand der Leistung verstößt hier gegen ein gesetzliches Verbot und zieht die Nichtigkeit der Leistung nach sich; für die Anwendung des § 817 ist daher in derartigen Fällen kein Raum.

2. **RG.** 4. 12. 16, R. 17 Nr. 195. § 817 bezieht sich nur auf die Fälle der Bereicherung, aber nicht auf andere Rechtsverhältnisse, insbesondere nicht auf solche aus unerl. Handlungen (**RG.** 63, 354; 70, 4; 85, 295, JW. 13, 734).

3. Fischer. Dem Wucherer muß das Rückforderungsrecht versagt werden. § 817 S. 2 ist auf jeden unsittlichen Tatbestand zu erstrecken (**RG.** 63, 333). § 817 S. 2 ist so auszulegen, als hieße er: Die Rückforderung ist auch dann ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten zur Last fällt, es sei denn usw. Der Zweck der Leistung des Wucherers ist die Erlangung eines wucherischen Vorteils, den der Wucherer erstrebt. Der Ausschluß der Rückforderung kann auch auf § 814 gestützt werden.

4. KG. 23. 2. 15, OLG. 34, 99. Rückforderung wucherischer Darlehne. Das Darlehn ist nach dem BGB. ein Realvertrag. Die Verpflichtung entsteht durch den Empfang des Darlehns. Der Bekl. ist durch den Empfang des Geldes zur Rückerstattung der gleichen Summe verpflichtet. Die Vereinb., daß nicht nur die dargeliehene Summe, sondern ein weiterer Betrag zu zahlen sei, steht selbständig neben dem Darlehnsvertrage, wenngleich sie in bezug auf diese getroffen ist. Diese Nebenabrede ist allerdings wucherisch und deshalb nichtig. Dadurch wird aber das Darlehn selbst nicht berührt, denn die Nebenabrede ist insofern selbständig und einer besonderen Beurteilung fähig. (Vgl. hierzu a. O. 100 Anm. 1.)

5. Die Entsch. II 5 zu § 516.

6. **RG.** 9. 2. 17; 89, 65, vgl. II 25 zu § 138.

7. GewGer. Stettin 6. 7. 15, GewuKfmG. 22, 125. Die Vereinbarung, daß einem Angestellten für jeden gesetzlichen Ruhetag, an dem er arbeite, eine Vergütung bewilligt werde, verstößt gegen das Gesetz (BRVO. v. 23. 1. 02 I Ziff. 4 II) und ist daher nichtig. Kein Anspruch des Angestellten, der das gesetzliche Verbot kennt, auf die Vergütung gemäß § 817 als Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung.

8. **RG.** 24. 5. 16, GruchotsBeitr. 61, 125, SeuffA. 72, 121. In den Fällen des § 817 S. 2 stellt das Gesetz, da es kein Interesse hat, den einen Teil vor dem anderen zu begünstigen, keinem der beiden Teile einen Rechtsbehelf zur Verfügung, um eine Änderung der tatsächlich bestehenden Vermögenslage herbeizuführen. Mit diesem Grundgedanken würde aber das Gesetz in Widerspruch geraten, wenn es dem Empfänger gestatten wollte, das ihm Geleistete zu behalten und außerdem die aus der Nichtigkeit des Geschäfts sich ergebende Forderung auf eine weitere Leistung, die zur Erlangung der neuen Leistung

aufgegeben ist, durchzusetzen. Der Empfänger würde dadurch eine ganz ungerechtfertigte Vergünstigung unter Änderung des bestehenden Zustandes sich verschaffen, die nicht vom Gesetz gewollt ist. Gegen eine derartige Forderung ist die Einrede der Arglist begründet.

9. **RG.** 24. 4. 17, BayRpflZ. 17, 220, LeipzZ. 17, 792. Unter Leistung i. S. des § 817 S. 2 ist nur Gewährung eines solchen Vermögensvorteils anzusehen, der endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen bestimmt ist, nicht aber eines Vorteils, der, wie eine bestellte Sicherheit, nur zu vorübergehenden Zwecken dem Vermögen zugeführt wird und schon seiner Natur nach zurückgewährt werden muß, soweit nicht später ein Grund für seinen dauernden Übergang in das Vermögen des Empfängers eingetreten ist (**RG.** 67, 326, JW. 12, 862, LeipzZ. 16, 689).

10. Dresden 18. 4. 17, LeipzZ. 17, 999. Die Rückforderung eines über den Höchstpreis gezahlten Betrages wird durch § 817 S. 2 ausgeschlossen. Daß nur ein fahrlässiger Verstoß gegen die BRVO. v. 22. 12. 14 vorliegt, ist unerheblich. Ein solcher begründet ebenso wie die Strafbarkeit der Handlung, so auch den Ausschluß der Rückforderung der verbotswidrig gemachten Leistung. Auch der fahrlässig Handelnde verstößt gegen das gesetzliche Verbot i. S. von § 817 S. 2, soweit dieses nicht eine bewußte Zuwiderhandlung inhaltlich voraussetzt oder nur eine solche mit Strafe bedroht.

11. Matthiessen. Der nach der BRVO. v. 23. 7. 15 gezahlte übermäßige Preis kann vom Käufer zurückgefordert werden. § 817 S. 2 findet keine Anwendung, da dem Käufer ein Verstoß gegen die guten Sitten oder das Gesetz nicht zur Last fällt. — Anders bei Verstößen gegen das Höchstpreisges., weil auch hier der Käufer gegen das gesetzl. Verbot verstößt (vgl. auch Ziff. 6 zu § 134).

12. **RG.** 2. 5. 17, LeipzZ. 17, 1246, WarnE. 17, 321. Die Rückforderung nach S. 2 ist nur ausgeschlossen, wenn die Leistung in der Gewährung eines Vermögensvorteils besteht, der bestimmungsgemäß endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen soll. (Vgl. **RG.** 67, 326, WarnE. 11 Nr. 115, JW. 12, 862.) S. o. Ziff. 9.

13. Lesser. Ist positiv bestimmt, daß der Täter auf Grund seiner einwandfreien subjektiven Gesinnung ausnahmsweise straflos ausgehen soll, so liegt auch keine Veranlassung mehr vor, dem Täter den Zivilrechtsschutz zu versagen. Im Rahmen der positiven Vorschrift der BRVO. v. 18. 1. 17 gilt also wieder der Grundsatz des RG. JW. 04, 38, wonach subjektives Verschulden, eine verwerfliche Gesinnung, Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 817 S. 2 ist.

14. Kiel 8. 3. 17, R. 17, 409 Nr. 872. Ein gegen die FuttermittelVO. v. 31. 3. 15 verstoßendes Kaufgeschäft ist nichtig. Dem Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises steht § 817 Abs. 2 nicht entgegen.

15. Hamburg 18. 1. 17, DJZ. 17, 620. Verkauf beschlagnahmter Waren, geschlossen unter der Bedingung nachträglicher Genehmigung des Kriegsmin. Genehmigung ist nicht erfolgt; jede Partei hat der anderen die gemachte Leistung zurückzugewähren. Dies auch bei Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB. § 817 S. 2 trifft nicht zu, weil nur ein Veräußerungsverbot in Frage stand, d. h. nicht der Zweck, sondern der Gegenstand des Kaufes von dem Verbote betroffen war. → Zu vgl. **RG.** 26. 11. 17, DJZ. 18, 126. ←

§ 818.

1. **RG.** 22. 1. 17, R. 17 Nr. 386, WarnE. 17, 211. Ob der Empfänger noch bereichert ist, bestimmt sich nicht nach rein rechtlichen Gesichtspunkten, ist vielmehr eine wirtschaftliche Frage, je nach dem Ergebnis einer Vergleichung des Vermögensstandes beim Empfang und einem späteren Zeitpunkte, regelmäßig dem der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs. 4). Sind die geleisteten Vermögensteile nicht mehr vorhanden, so sind die an ihre Stelle getretenen Werte auch dann einzusetzen, wenn sie infolge von Rechtsgeschäften erlöst wurden (§ 818 Abs. 1); dabei kommt wiederum der wirtschaftliche Gesamterfolg, also diejenige Vermögenslage in Betracht, welche sich in einem gewissen, ursächlichen, nicht unterbrochenen Zusammenhang aus der ursprünglichen Leistung heraus entwickelt hat (**RG.** 72, 4; 75, 361).

2. Kiel 11. 1. 17, LeipzZ. 17, 888. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer kann gegenüber den Erben nicht geltend machen, daß ein Teil der Erbschaft von ihm zur Bestreitung der Kosten eines Vorprozesses aufgewandt sei, in dem gegen ihn die Nichtigkeit des die Erbeinsetzung aussprechenden Testaments festgestellt sei. Die Kosten des Vorprozesses treffen nicht den Nachlaß, sondern den Erben persönlich. Verwandte er Nachlaßgelder zur Bestreitung dieser Schuld, so ersparte er eine eigene, notwendige Ausgabe und bereicherte sich auf Kosten des Nachlasses.

3. Kiel 20. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 156. § 818 Abs. 3 gilt nur bei der ungerechtfertigten Bereicherung, nicht auch, wenn nach § 179 ein Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht wegen Empfangs einer Geldsumme geltend gemacht wird.

§ 819.

RG. 1. 2. 17, BayRpflZ. 17, 155, GruchotsBeitr. 61, 644, JW. 17, 465, LeipzZ. 17, 598. Zahlung an einen wegen Verschwendung Entmündigten. Wegfall der Bereicherung. J. S. des § 819 Abs. 1 kann unter der Kenntnis des Empfängers vom Mangel des rechtlichen Grundes, an die das Gesetz der Rechtsfolge seiner gesteigerten Haftung knüpft, nicht schon die rechtlich belanglose Kenntnis eines Geschäftsunfähigen verstanden werden. Das entscheidende Gewicht muß auf die Kenntnis des Vormunds gelegt werden. Dies entspricht auch dem Grundgedanken der §§ 107, 166 Abs. 1 BGB. Der Vormund hatte von dem Geldempfange keine Kenntnis.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Zur Lehre von der Unterlassungsklage hat Lobe (Ziff. 4b) das Wort ergriffen. Sehr beachtlich sind die einen neuen Weg einschlagenden Entsch. des RG. über die Frage der Vertragshaftung und der Haftung aus unerlaubter Handlung. Die grundlegende Entsch. ist eingehend mitgeteilt (§§ 823ff. Ziff. 5). Im übrigen sind zu den einzelnen Vorschriften teilweise recht wichtige Entsch. zu verzeichnen, so z. B. über die Haftung des Redakteurs (§ 823 Abs. 1 Ziff. 10a), über Kreditauskünfte, insbes. durch Banken (§ 826 Ziff. 13); über die Beamtenhaftung (zu § 839).

Schrifttum: v. Alberti, Verbotsverletzende Unterlassungen, insbes. ihre fahrlässige Begehung. Tübingen 1917. — Bartolomäus, Zur Lehre vom Schadensersatzanspruch gegenüber rechtskräftigen Urteilen, PosMSchr. 17, 46. — de Boor, Das Zusammentreffen der einzelnen Tatbestände unerlaubter Handlungen nach dem BGB., Gruchots Beitr. 61, 758. — Burkhardt, Die Rechtsverhältnisse des Feuerlöschwesens in Preußen, Berlin 1917. — Cochlovius, Die Haftung für Polizeihunde, RGBl. 17, 73. — Englisch, Ausgleichsanspruch bei Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen auf Grund Vertrages und unerlaubter Handlung, WürttRpflZ. 17, 6. — Finger, Die Verjährung bei der zivilrechtlichen fortgesetzten Handlung, MschutzuWettbew. 17, 10. — Freyhan, Zum Rechtsschutz des Kunsturteils, MschutzuWettbew. 16, 231. — Fuchs, Zusammentreffen der Haftung aus unerlaubter Handlung mit der Haftung aus Vertrag, R. 17, 151, 213. — Giese, Verantwortlichkeit von Verleger und Redakteur für falsche Nachrichten, JW. 17, 631. — Graff, Außervertragsmäßige u. vertragsmäßige Haftung der preuß. Eisenbahnen für den durch Funkenflug verursachten Schaden, EisenbE. 33, 346. — Hartmann, Haftung des Staates und der Gemeinden für Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen, PrVerwBl. 38, 621. — Hecht, Das Abwendigmachen (Ausspannen) von Versicherten durch ausgeschiedene Vertreter in moralischer und rechtlicher Beleuchtung, ZVers.-Wiss. 17, 647. — Hoffmann, Haftung des Redakteurs und Verlegers für Verbreitung falscher Nachrichten, JW. 17, 761. — Josef, Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, GruchotsBeitr. 61, 177. — Derselbe, Das Vordekretieren des Gerichtsschreibers in seiner Einwirkung auf seine und des Richters Schadensersatzpflicht, DRZ. 17, 20. — Derselbe, Die Haftpflicht von Körperschaften des öffentlichen Rechtes (Staat, Gemeinde, Universität) für den Betrieb von Wohlfahrtsanstalten, VerwA. 26, 83. — Leib, Substantiierung der Schadensersatzforderungen bei Streiks, GewuKfmG. 22, 357. — Lobe, Unterlassungsanspruch und Strafgesetz, GewRschutz 17, 15. — Mantey, Haften nach BGB. Hehler (Begünstiger) und Haupttäter bei sich deckendem Schaden gesamtschuldnerisch? LeipzZ. 17, 455. — Oertmann, Haftung wegen mangelhafter Löschhilfe und schuldhafter Beschädigungen bei Löscharbeiten, MittöffFeuerVersAnst. 17, 228, 258. — Rasch, Schutz gegen störende Geräusche, PrVerwBl. 39, 73, 86. — Riezler, Der Abkehrschein, LeipzZ. 17, 1025. — Rosenthal, Darf ein in sittenwidriger Weise zur Eintragung ge-

langtes Warenzeichen von demjenigen fortbenutzt werden, der es mit dem Geschäft gutgläubig erworben hat? LeipzZ. 17, 1169. — Schneider, Der Rechtsschutz gegen den schädigenden rechtmäßigen Staatsakt nach bayerischem Recht, BayRpflZ. 17, 207. — Starck, Haften nach BGB. Hehler (Begünstiger) und Haupttäter bei sich deckendem Schaden gesamtschuldnerisch? LeipzZ. 17, 314. — Steinbrenner, Haftung öffentlicher Verbände für ihre Lehrer und Haftpflichtversicherung, ZVersWes. 17, 357, 365. — Zerahn, Die Observanz betreffend die Verpflichtung der Anlieger zum Bestreuen der Bürgersteige gegen Glätte, WallmZ. 51, 82. — Derselbe, Tierhalterhaftung und Kausalzusammenhang im Rechtssinne, WallmZ. 51, 305. — Zschaler, Boykott, Sperre, Aussperrung, Streik, Ausstand, Verruf im Lichte des geltenden Rechtes, Leipzig 1917.

§§ 823 ff.

1. Allgemeines.

a) Darmstadt 15. 11. 16, HessRspr. 17, 295. Der Begriff der unerl. Handl., der früher nur die Fälle eines schuldhaften rechtswidrigen Eingriffs in fremde Rechte umfaßte, ist seit Geltung des BGB. in Rechtspr. und Wissenschaft erweitert auf alle Fälle eines gegenständlich (objektiv) rechtswidrigen Eingriffs in einen fremden Rechtenkreis, für welchen jemand nach dem Gesetz verantwortlich gemacht wird, einerlei ob ihm ein Verschulden bezüglich des Eingriffs zur Last fällt oder nicht. Hierzu gehören § 833 BGB., § 1 HaftpflG. und auf dem gleichen gesetzgeberischen Gedanken beruhend §§ 481, 486 HGB. u. §§ 3, 4 BinnenschG. Gerichtsstand der unerl. Handl. für Tatbestände, die auf diese Vorschriften gegründet sind.

b) Finger 13. RG. lehnt den Begriff der fortges. unerl. Handl. ab und macht die Verjährung des Unterlassungsanspruchs, der bei schädigendem Verhalten gegeben wird und für den bes. Bestimmungen im BGB. fehlen, von der Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz abhängig. Über UnlW. vgl zu § 21 d. G.;

c) de Boor. Die Grundregel der Deliktshaftung geht dahin, daß, wer einem anderen rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden zufügt, den Schaden zu ersetzen hat. Indem man die Grundregel unter verschiedene Gesichtspunkte einzuschränken bestrebt war, sind verschiedene, untereinander selbständige Tatbestände unerl. Handl. erwachsen, die mit selbständigen Begriffsmerkmalen ausgestattet sind. Eine einheitliche, schädigende Handl. kann nach mehreren dieser Tatbestände als eine unerl. Handl. erscheinen. Die einzelnen Delikttatbestände können zusammentreffen, brauchen es aber nicht, ein jeder von ihnen hat noch seine eigenen Merkmale, die ihm eine eigene, selbständige Bedeutung neben den anderen geben. Ein Zusammentreffen zwischen ihnen ist das, was im Strafrecht Idealkonkurrenz heißt. Der Inhalt des Anspruchs ist bei allen Vorschriften über unerl. Handl. derselbe: Ersatz des durch die Handl. verursachten Schadens. Der Übergang von einem Tatbestand unerl. Handl. zum anderen kann Klageänderung sein. Unterschiedlich vom Strafrecht ist der Begriff der HandlEinheit zu bestimmen. Mehrere, selbständige unerl. Handl. erzeugen zwar mehrere Ansprüche. Aber bei der unerl. Handl. des bürgerl. Rechts muß außerdem der Schaden einheitl. sein. Die HandlEinheit, auf die sich der einheitliche Deliktsanspruch gründet, ist nur gegeben, wenn sowohl die schädigende Handl., als der Schaden derselbe ist. Die Tatbestände der unerl. Handl. werden in Hauptdelikte und besondere Tatbestände geschieden, in diesen sind nur Einzelfälle geregelt, während die Hauptdelikte die im BGB. eigentümliche Ausgestaltung der Grundregel aller Delikthaftung einhalten, daß die schuldhafte und rechtswidrige Schadenzufügung ersatzpflichtig mache. Drei Hauptdelikte: § 823 Abs. 1; § 823 Abs. 2; und § 826. — Verhältnis der Hauptdelikte zu den besonderen Tatbeständen. Neben § 823 steht der ganz anders geartete Satz des § 826, der an eine, an sich nicht rechtswidrige Handlung um ihrer sittlichen Verwerflichkeit

willen den Anspruch anknüpft. Zwischen diesen verschiedenen Grundregeln reihen sich die Tatbestände der besonderen unerl. Handl. ein. — § 836ff. geben einen besonderen Tatbestand, es handelt sich jedoch hier um nichts weiter als um eine Beweisregelung für einzelne Anwendungsfälle des § 823 Abs. 1. — Über das Verhältnis des § 839 zu 823f. u. § 839 Ziff. 1a, des 824 zu § 823 u. § 824 Ziff. I 3; vgl. § 825.

d) Cochlovius, KGBl. 17, 41. Der Empfänger unbestellter Waren, der diese unpfleglich behandelt oder gar auf die Straße wirft (vgl. DJZ. 01, 383), macht sich dem Absender nach § 823 und nach § 826 haftpflichtig. — Entlastungsbeweis nach §§ 831, 832 gestattet (vgl. JDR. 15 Ziff. 1 e).

2. Ursächlicher Zusammenhang zu vgl. Ziff. III zu 249.

3. Verschulden.

a) Dolus eventualis. **RG.** 15. 2. 17, LeipzZ. 17, 1135. Für einen bedingten Vorsatz, der für die Haftung des vorsätzlichen Schädigers nach §§ 823, 826 ausreicht, ist auf dem Gebiete des § 1345 kein Raum.

b) Vorsatz. Stuttgart 14. 11. 16, WürttRpflZ. 17, 40. Als vorsätzlich herbeigeführt mag ein Schaden zu gelten haben, dessen Eintritt sich der Täter als mögliche Folge seiner Handl. vorgestellt hat, auch wenn er ihn nicht gewollt hat, und ebenso aller Schaden, der aus einer Handl. entsprungen ist, mit der ein Schaden zugefügt werden sollte oder von der doch der Täter sich gesagt hat, sie könne einen Schaden verursachen. Aber wenn es sich um einen durch Verletzung des Körpers eines Menschen entstandenen Schaden handelt, so kann dieser nur dann als „vorsätzlich herbeigeführt" gelten, wenn eine körperliche Verletzung oder Mißhandlung gewollt war, die nach der Erfahrung des Lebens geeignet ist, einen (irgendwelchen) Schaden zu verursachen. Dies trifft nicht zu, wenn jemand bei einem anderen eine unbedeutende Unlust- oder Schmerzempfindung durch eine Handl. erregen will, die nach der Erfahrung des Lebens keinen Schaden zur Folge hat. — Der Sohn des Kl. wollte aus Scherz seinen Freund in den Rücken schießen, traf aber ins Auge, da dieser sich plötzlich umdrehte.

c) Fahrlässigkeit. *α.* **RG.** 12. 5. 17, R. 17 Nr. 1622. In einem sachwidrigen Verhalten kann eine Fahrlässigkeit nicht gefunden werden, wenn der Handelnde in einer schwierigen, ein schnelles Handeln fordernden Lage, die ein anderer dabei allein interessierter Teil durch sein eigenes Verhalten mit herbeigeführt hat, von diesem auf dasj. nicht rechtzeitig ausreichend hingewiesen ist, was zur Abwendung der Gefahr geschehen mußte.

β. Dresden 18. 5. 16, SächsOLG. 38, 131. Wird jemand durch einen Schuß aus einem Gewehr verletzt oder getötet, der ohne den Willen dessen, der das Gewehr in der Hand hat, losgegangen ist, so darf nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge angenommen werden, daß dieser unvorsichtig mit dem Gewehr umgegangen ist. Sache des Bekl. wäre es demgegenüber, Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich das Gegenteil ergibt. S. u. § 839 Ziff. 3.

d) **RG.** 18. 6. 17, R. 17 Nr. 1820. Keine Ersatzpflicht gegenüber einem elfjährigen Knaben, der bewußt verbotenerweise und trotz Warnung in eine verschlossene Hochspannungsanlage eindringt, um sich ein dort liegendes Messer anzueignen.

e) Verbotsverletzende Unterlassungen (Begehungsdelikt durch Unterlassung). Allgemeine Erörterungen bei v. Alberti.

4. Unterlassungsklage (JDR. 15 Ziff. 2).

a) Allgemeines.

α. Freyhan. Nur insoweit bei den in §§ 823ff. geschützten Lebensgütern und Interessen ein Anspruch auf Schadensersatz vorgesehen ist, nur insoweit darf bei Wiederholungsgefahr ein Recht auf Unterlassung mit Erfolg geltend gemacht werden. Bei dieser Umgrenzung ist der Kunstkritiker und der Kunstforscher gegen Unterlassungsklagen geschützt.

β. Zischaler, Unterlassungsklage bei Boykott s. u. § 826 Ziff. 8.

b) Strafandrohung.

α. Lobe erörtert in tiefgreifender Weise den Unterlassungsanspruch. Die Verbote der Privatrechtsordnung und die Verbote der öffentlichen Rechtsordnung sind nach ganz anderen Gesichtspunkten erlassen. Die Zwecke beider bestehen selbständig nebeneinander und deshalb reagiert auch jede Rechtsordnung selbständig gegen die Unbotmäßigkeit wider ihre Verbote, ohne daß die Reaktion der einen notwendig davon abhängig wäre, daß die andere nicht reagiert. Wäre der Grundsatz richtig, daß der durch ein öffentlich-rechtliches Verbot gewährte Rechtsschutz für ein Gut den durch die Privatrechtsordnung ihm gegebenen Schutz überflüssig machte und die Erzwingung der öffentl.-rechtl. Pflicht die Verfolgung des privatrechtl. Anspruchs beseitigte, so müßte dies folgerichtig auch für die Verletzungen absoluter Rechte zutreffen. Als einzig sicherer Anhalt für das Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses erweist sich nur die Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

β. KG. 2. 3. 17, OLG. 35, 274. Eine Unterlassungskl. ist trotz öffentl. Strafen zulässig, wenn die strafbaren Handlungen verjährt sind oder wenn ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis vorliegt.

c) Einzelnes.

RG. 6. 7. 16, BayRpflZ. 17, 20. Eine Unterlassungskl. zur Abwehr einer erst zu erwartenden Beleidigung in einer Rechtfertigungsschrift, deren Inhalt noch nicht feststeht, ist nicht zulässig. Das von Kl. verlangte Verbot läuft im Endergebnis darauf hinaus, daß dem Bekl. allgemein verboten wird, die Kl. und ihre Eltern in Zukunft zu beleidigen. Wenn sich aber jemand einer Ehrverletzung schuldig gemacht hat, so kann er — unter den sonstigen Voraussetzungen der Unterlassungsklage — nur verurteilt werden, diese Ehrverletzung künftig zu unterlassen; eine allg. Verurteilung zur Unterlassung anderer, wenn auch sachlich ähnlicher Ehrverletzungen ist unzulässig. Hiernach ist auch ein Verbot der Veröffentlichung, Verbreitung und Mitteilung des unbekannten Inhalts der Rechtfertigungsschrift ausgeschlossen. Endlich kann aber dem Bekl. auch nicht eine Mitteilung des Inhalts des Rundschreibens an dritte Personen verboten werden, d. h. eine Mitteilung an einzelne Personen, daß er eine Schrift des in dem Rundschreiben angegebenen Inhalts erscheinen lassen werde; denn eine solche Mitteilung allein enthält keine unerlaubte Handl.

5. Vertragshaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung (JDR. 15 Ziff. 3).

a) **RG.** 13. 10. 16; 88, 433, DJZ. 17, 431, SeuffA. 72, 259. RG. erkennt grundsätzlich die Möglichkeit eines Zusammentreffens der Haftung aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung an. Die allg. Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, besteht immer und gegenüber jeder Person, gleichviel ob diese mittels Vertrags oder ohne Vertrag in den Handlungsbereich des Verletzers gekommen ist. Diese allg. Rechtspflicht kann dadurch nicht beseitigt werden, daß es ein Vertrag war, durch den die Möglichkeit der Einwirkung auf den Körper des anderen gegeben wurde. Auch der Vertragsgegner bleibt immer der durch § 823 Geschützte; er wird es in noch stärkerem Grade, wenn der Vertrag den Verletzer sogar noch besonders, nämlich eben auch noch vertragsmäßig, zur Fürsorge verpflichtet. Das allgemeine Verbot widerrechtlicher Körperverletzung wird dadurch nur individualisiert und verstärkt, daß der Vertrag dem anderen sogar noch ein vereinbartes Recht auf Fürsorge, also auf das Gegenteil jeder Körperverletzung gibt. Andernfalls würde die Widerrechtlichkeit der Körperverletzung i. S. des § 823 nur darum verneint, weil dem anderen noch ein weiterer besonderer Anspruch auf Unterlassung jeder Körperverletzung zusteht, — ein Ergebnis, dessen Ungereimtheit und Unerträglichkeit auf der Hand liegt. Eine völlig andere Frage liegt dann vor, wenn die allgemeine Rechtspflicht, niemand körperlich zu verletzen, durch Vertrag geändert, insbesondere gemindert ist. Ebenso **RG.** 6. 2. 17; 89, 384. Gegen **RG.** 88, 433 Fuchs mit ausführlichen Darlegungen.

b) **RG.** 23. 4. 17, LeipzZ. 17, 1069, PosMSchr. 17, 62. Verletzung des in der Anstalt des Bekl. befindlichen, wegen Geistesschwäche entmündigten Kl., der vom Bekl. bei

einer Treibjagd als Treiber verwendet war. Haftung nach § 823. Jede vorsätzl. oder fahrlässige Vertragsverletzung, die eine widerrechtl. Verletzung eines der im § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter zur Folge hat, stellt gleichzeitig eine unerl. Handl. i. S. dieser Vorschrift dar.

c) Englisch, Bei dem Zusammentreffen einer Haftung auf Grund unerl. Handl. mit Vertragshaftung (Zusammenstoß zweier Fahrzeuge) entsteht ein Gesamtschuldverhältnis. **RG.** 67, 128 steht dem nicht entgegen. Der § 254 BGB. ist anwendbar. Seine sinngemäße Anwendung kann dahin führen, daß einem oder dem anderen der gesamtschuldnerisch Verpflichteten im Verhältnis zu den übrigen der gesamte Schaden auferlegt werden kann. Für besondere Fälle gilt die Ausnahmebestimmung des § 840 Abs. 3.

d) **RG.** 20. 3. 17; 90, 65, LeipzZ. 17, 1052. Jeder, der die Einwirkung seiner Sache auf den Körper eines anderen gestattet, hat die Pflicht, die von ihr diesem drohenden Gefahren, soweit er sie kennt oder bei Anwendung der verkehrsgebotenen Sorgfalt kennen muß, mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln möglichst hintanzuhalten. Tut er das nicht, so macht er sich nach § 823 verantwortlich. Ist er dem anderen zu der gleichen Maßnahme auf Grund eines Vertrages noch besonders verbunden, so wird dadurch jene allg. Rechtspflicht dem Vertragsgegner gegenüber nicht berührt. Sie besteht jedenfalls neben der Vertragspflicht des Schuldners und unabhängig von ihr fort und die Verletzung wieder löst neben den vertraglichen Folgen die Rechtsnachteile aus § 823 aus.

e) **RG.** 19. 1. 17; 89, 338. Durch die Bestimmungen des Internationalen Übereink. über den Eisenbahnverkehr, die nur die Haftpflicht der Eisenbahn aus dem Transportvertrage regeln, wird eine Schadensersatzpflicht der Eisenbahn aus unerl. Handl. nicht ausgeschlossen.

f) **RG.** 19. 6. 16, EisenbE. 33, 423 s. bereits JDR. 15 § 823ff. 3dβ.

6. Der Schadensersatzanspruch des arglistig Getäuschten (§§ 823, 826) s. JDR. 15 Ziff. 4.

RG. 12. 5. 17, R. 17 Nr. 1372. Hat der beim Vertragsabschluß über eine Eigenschaft des Vertragsgegenstandes arglistig Getäuschte hernach in Kenntnis der Täuschung den Vertrag bestätigt, so kann er aus der arglistigen Täuschung auch keinen außervertraglichen Schadensersatzanspruch mehr geltend machen.

§ 823.

I. Abs. 1.

1. Allgemeines.

a) **RG.** 13. 2. 17, BayRpflZ. 17, 222, LeipzZ. 17, 917. Haftung einer Gemeinde für unerl. Handl. ihres Vorstehers außerhalb seiner Vertretungsmacht. Ein Handeln innerhalb der Vertretungsmacht nach §§ 31, 89 nicht erforderlich. Im Falle der Gesamtvertretung genügt die unerl. Handl. auch nur eines Mitglieds der Vertretung (JW. 12, 283; 13, 587, **RG.** 57, 93; 68, 284).

b) **RG.** 1. 12. 16, MschutzuWettbew. 16, 194. Soweit die besonderen Grundsätze der Beamtenhaftung eingreifen, ist die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 823ff. ausgeschlossen (**RG.** 74, 252 und GruchotsBeitr. 55, 1004).

c) Schneider erörtert die Schadensersatzpflicht des bay. Staates wegen der in den geschützten Privatrechtskreis erfolgenden Eingriffe durch Gesetz oder obrigkeitlichen Verwaltungsakt.

2. Körperverletzung.

a) Allgemeines.

RG. 10. 7. 16, SeuffA. 72, 18 s. bereits JDR. 15 Ziff. I Abs. 1, 2a*β*.

b) Lehrerhaftung (zu vgl. auch II 19 zu § 276).

α. BayObLG. 7. 10. 12, OLG. 34, 137 Anm. 1. Ist bei einem auf dem Schulhofe während einer Unterrichtspause unbeaufsichtigt geübten Bewegungsspiel (Kettenschwimmen) ein Schüler verunglückt und hat der Verwaltungsgerichtshof, ohne auf die Gefährlichkeit des Spiels einzugehen, ausgesprochen, der Rektor der Schüler habe sich dadurch, daß er für die entsprechende Überwachung der Schüler während der Unterrichtspause nicht Sorge trug, der fahrlässigen Unterlassung einer ihm obliegenden Amtspflicht schuldig gemacht, so ist dadurch lediglich über die Ordnungswidrigkeit des Verhaltens des Rektors bindend entschieden; Sache des Zivilrichters ist nunmehr zu prüfen, ob die Schuld des Beamten, ihre Kausalität zur eingetretenen Schädigung vorausgesetzt, derartig war, daß sie zum Schadensersatz verpflichtet.

β. Steinbrenner. Für schuldhafte Schädigung Dritter durch unerl. Handl. (oder Unterlassungen) i. S. von §§ 823ff. haftet der Lehrer an und für sich wie jeder andere Staatsbürger nach §§ 823ff., und soweit er Beamter ist, nach § 839, und zwar in dieser Eigenschaft nur nach diesem Paragraphen. Vgl. u. § 839 Ziff. 12 Ja.

c) Züchtigung fremder Kinder (s. JDR. 15 Ziff. 2d).

Colmar (Straff.) 10. 7. 16, ElsLothJZ. 17, 65. Über das Recht zur Züchtigung eines fremden Kindes. Es kommt nicht darauf an, ob der Vater im Einzelfall wirklich zugestimmt hätte, sondern darauf, ob er pflichtmäßig hätte zustimmen müssen (vgl. § 679 BGB.).

3. Freiheit.

a) München 20. 6. 14, OLG. 34, 103. Unter Verletzung der Freiheit versteht der § 823 nicht alle Beeinträchtigungen der freien Selbstbestimmung eines Menschen, besonders nicht die Verfolgung der eigenen Interessen im Widerstreit mit dem Willen eines anderen. Der Begriff ist vielmehr auf Aufhebung der Freiheit durch körperlichen oder geistigen Zwang, Anwendung von Gewalt oder den Willen beugender Drohung einzuschränken. Ein sonstiges „Recht" ist die vom Kl. gemeinte „persönliche Freiheit" nicht; ebensowenig wie die „wirtschaftliche Bewegungsfreiheit". Das „Recht" muß vielmehr mit dem Eigentum den Charakter einer wirklichen gegen jeden Dritten wirkenden, ausschließlichen Machtbefugnis und mit den in § 823 ausdrücklich aufgeführten „Rechtsgütern" das gemeinsam haben, daß es von jedermann beachtet werden muß; es sind das eben die von der Rechtsordnung besonders ausgestatteten und umschriebenen ausschließlichen Rechte Auch das Recht auf Fortbestand des bisherigen Straßenzustands stellt kein „sonstiges Recht" dar.

b) **RG.** 23. 1. 17, WarnE. 17, 181. Schadensersatzanspruch eines Ehemanns, dessen Ehefrau wider ihren Willen während der Abwesenheit des Mannes in eine Nervenheilanstalt gebracht ist. Widerrechtliche Verletzung der Freiheit der Ehefrau und Verstoß gegen das Schutzgesetz des § 239 StGB. Eigener Schaden des Kl., damit begründet, daß seine Reise ins Ausland, die er mit Rücksicht auf die Unterbringung der Ehefrau in der Anstalt unterbrochen hat, nutzlos gewesen sei. Der der Ehefrau entstandene Schaden kann kraft ehemännl. Verwaltungsrechtes geltend gemacht werden.

c) Zschaler über Boykott als Freiheitsverletzung s. u. § 826 Ziff. 8a.

4. Eigentum.

a) Rasch, Schadensersatz bei schuldhafter Einwirkung störender Geräusche auf das Grundstück eines anderen.

b) Graff über die Haftung der Eisenbahn für den durch Funkenflug verursachten Schaden nach preuß. Recht, EisenbE. 33, 346.

c) **RG.** 7. 7. 17; 90, 395. Schadensersatz wegen Verletzung des Eigentums durch Aufteilung und Veräußerung von Trennstücken. Ausschluß des Ersatzanspruchs, wenn einer der Fälle der §§ 892, 893 vorliegt, da in diesen Fällen derjenige, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs eine der dort bezeichneten Rechtshandlungen mit oder gegenüber dem als berechtigten Eingetragenen vorgenommen hat, auch gegen persönliche Ansprüche der nicht eingetragenen Berechtigten geschützt ist, sofern nicht ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Handelnden bekannt war.

5. Sonstiges Recht.

a) **RG.** 19. 5. 16, FrankfRundsch. 50, 84. Auf die Verletzung bloß schuldrechtlicher Ansprüche ist § 823 Abs. 1 nicht anwendbar; vielmehr ist unter der Verletzung eines „sonstigen" Rechts nur die Verletzung eines absoluten Rechts zu verstehen (**RG.** 57, 353; 59, 236 und 327; 53, 201).

b) Zschaler, Boykott und keine Verletzung eines Rechtes i. S. des § 823 s. u. § 826 Ziff. 8a.

c) **RG.** 2. 1. 17, GewRschutz 17, 124, JW. 17, 712, MschutzuWettbew. 16, 153. Schadensersatz wegen Eingriff in den Gewerbebetrieb eines anderen durch schuldhaft unberechtigten Widerspruch gegen die Benutzung eines Zeichens. Bekl. hat durch Warnungs- und Verbotsschreiben an Kl. in den eingerichteten und ausgeübten Gewbetrieb der Kl. unmittelbar eingegriffen. Die Eingriffe richten sich nicht nur gegen den Ertrag des kl. Geschäfts, sondern auch gegen den Gewbetrieb der Kl. selbst (**RG.** 77, 219, JW. 15, 237).

d) **RG.** 3. 7. 16, GewRschutz 17, 82, MschutzuWettbew. 16, 111. Eingriff in den Gewbetrieb eines anderen auf Grund eines späterhin als ungültig sich erweisenden Gebrauchsmusters.

e) LG. Frankfurt a. O. 19. 4. 17, KGBl. 17, 58. Die durch Pachtung erlangte Fischereibefugnis gehört zu den „sonstigen Rechten" des § 823. Verletzung dieses Rechtes dadurch, daß ein Segelboot dauernd auf dem Wasserlauf an der zum Fischen bestimmten Stelle befestigt ist.

6. Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (s. JDR. 15 Ziff. 4).

a) Hartmann wendet sich gegen Delius und begründet seinen PrVerwBl. 37, 565 dargelegten Standpunkt näher (vgl. JDR. 15 § 823 I Ziff. 4a u. b).

b) KG. 24. 11. 16, OLG. 34, 118. Haftung einer Stadtgemeinde, wenn beim Legen von Rohren für eine Kanalisation Risse an Häusern entstehen Vgl. auch zu § 831.

c) Breslau 20. 4. 15, OLG. 34, 115. Haftung der Stadtgemeinde für einen beim Ausräuchern von Mücken entstandenen Feuerschaden. Neben der öffentlich-rechtlichen Maßnahme sind privatrechtliche Beziehungen vorhanden, deren Verletzung ersatzpflichtig macht.

d) Die Entsch. II 66a bis g zu § 276.

e) Rostock 17. 2. 16, OLG. 34, 109. Haftung des Eigentümers eines Fußweges, der neben einem öffentl. Wege herläuft. Der Eigentümer hat dafür zu sorgen, daß der Zustand des Fußsteiges die Sicherheit des Publikums nicht gefährdet und daß besonders nicht losgelöste Teile einer Drahtbefriedigung in dem Fußsteig liegen, durch den Fußgänger und Radfahrer gefährdet werden.

f) **RG.** 1. 2. 17, R. 17 Nr. 614. Auch wer unentgeltlich einen Platz einem Dritten überläßt, hat die Pflicht, ihn auf schwer wahrnehmbare Verkehrshindernisse, z. B. Spanndrähte hinzuweisen: andernfalls haftet er für Unfälle neben dem Dritten, der seine Sorgfaltspflicht verletzt hat.

g) Die Entsch. II 47 zu § 276.

7. Haftung der Hauseigentümer, Vermieter, Ladenbesitzer. Zahlreiche Fälle der Haftung unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Sorgfaltspflicht bei § 276. Dortselbst eine alphabetische Übersicht.

8. Weitere Einzelheiten.

a) Darmstadt 4. 2. 16, HessRspr. 18, 30. Der Führer eines nicht im gewerbl. Fabrikbetriebe verwendeten Kraftwagens ist nicht Bevollmächtigter oder Repräsentant des Unternehmers oder Fahrzeughalters i. S. des § 898 RVO. Er haftet nach §§ 823ff. für eine durch Fahrlässigkeit in der Führung des Kraftwagens einem Mitfahrenden zugefügte Körperverletzung.

b) Josef, VerwA. 26, 83. Kein Vertragsverhältnis, wenn z. B. ein Kranker auf Veranlassung des Armenverbandes oder einer Versicherungsanstalt in ein dieser oder einem anderen gehörendes Krankenhaus aufgenommen wird. Der Krankenhausunternehmer haftet dem Kranken für körperl. Beschädigungen durch schuldhafte Behandlung von Angestellten nach §§ 823, 831.

c) Giese erörtert im Anschluß an Hamm, DJZ. 16, 1154 (II 21 zu § 276) die Frage, ob Verleger und Redakteur für den durch fahrlässige falsche Nachrichten entstandenen Schaden einzustehen haben. Vertragliche Haftpflicht, die nur für den Verleger, nicht den Redakteur bestehen könnte, wird verneint; ebenso Haftung für positive Vertragsverletzungen. Nach den Vorschriften über unerl. Handl. haften allerdings, soweit in dem fahrlässigen Verbreiten falscher Nachrichten eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zu erblicken ist, einerseits Verleger und Redakteur (ersterer nur nach § 831); andererseits besteht diese Haftung nicht lediglich den mit dem Verleger in ein Vertragsverhältnis tretenden Beziehern der Zeitung oder Zeitschrift gegenüber und auch nicht für jede in irgendeiner Nummer enthaltene falsche Nachricht. — § 823 Abs. 1 findet keine Anwendung, da die Vermögensbeschädigung nicht die Verletzung eines „Rechts" i. S. des § 823 Abs. 1 ist. — Auch § 823 Abs. 2 versagt, da § 11 PreßG. kein Schutzgesetz i. S. des Abs. 2 ist (s. u. II Ziff. 5d). — § 826 findet nicht bei fahrlässiger Verbreitung falscher Nachrichten, sondern nur bei vorsätzlicher Schadenszufügung Anwendung. — Eine Haftung von Verleger und Redakteur besteht nur im Rahmen des § 824 Abs. 1, wobei der Verleger regelmäßig nach Maßgabe des § 831 haftet. Damit entfällt insbes. eine Haftung für etwaige, auf Fahrlässigkeit beruhende unzutreffende Mitteilungen gerichtl. Entscheidungen in juristischen Zeitschriften (über § 824 Abs. 2 vgl. 632 Anm. 13). — Bei vorsätzl. Verbreitung bewußt unwahrer Nachrichten ist gegebenenfalls eine Schadensersatzpflicht nicht nur aus § 824, sondern auch aus § 823 Abs. 2 (in Vbdg. mit §§ 185ff., 253, 263 StGB.) und aus § 826 gegeben. — Hoffmann tritt Giese bei. Bedenklich ist der Satz Gieses, daß § 826 keine Anwendung finde.

d) Oertmann behandelt die Frage der Haftung wegen mangelhafter Löschhilfe und schuldhafter Beschädigung bei Löscharbeiten. I. Die Ansprüche der Eigentümer und sonstigen Brandbeschädigten. 1. Ansprüche gegen unmittelbar beteiligte Personen. a) Wegen verweigerter Brandhilfe in der Regel nur Ersatzpflicht der Gemeinde oder Feuerwehrorgane, nicht der einzelnen, säumigen Feuerwehrleute. Anders, wenn die Befolgung der öffentl.-rechtl. Löschhilfepflicht durch eine polizeil. VO. besonders gesichert ist. Solche Strafandrohungen sind zu den Schutzgesetzen zugunsten des Publikums zu rechnen. Gemeindeorgane oder Feuerwehrleiter haften wegen Verletzung der Amtspflicht nach § 839. Desgl. auch an Stelle des GemVorst. für das Löschwesen bestellter anderer Gemeindebeamter oder Branddirektor. Über die Frage, ob auch die sonstigen Feuerwehrleute als Beamte der Gemeinde angesehen werden können (229ff.). — b) Dasselbe gilt im allgem. für sachwidrige Maßnahmen bei Ausführung der Löschhilfe. Nicht beamtete Feuerwehrmitglieder haften für sachwidriges, schuldhaftes Benehmen bei der Löschhilfe nach allgemeinen Grundsätzen (§ 823). c) Für Schäden aus schlechter Beschaffenheit der Löschgeräte oder anderer, bei der Löschhilfe verwendeten Gegenstände, haftet fast ausnahmslos die Gemeinde. 2. Eine Inanspruchnahme der Feuerwehr als solcher, als Korporation, kommt nur ausnahmsweise in Betracht. 3. Haftung der Gemeinde. a) Haftung für Verschulden von Gemeindeorganen (§§ 31, 89 BGB.). b) Bedenken gegen die Anwendung des § 89. Es kommt darauf an,

ob das Löschwesen eine Gemeindeangelegenheit geblieben oder durch Gesetz oder Polizei-VO. der Polizei — sei es auch ein Gemeindeorgan in seiner zugleich polizeilichen Eigenschaft — übertragen ist. Ersterenfalls haftet die Gemeinde für Versehen der beim Löschdienst beteiligten Organe nach § 89, letzterenfalls nicht. Im Zweifel wird man bei der bisherigen Entwicklung eher für eine gemeindl. Löschtätigkeit sich entscheiden. Bei Anschaffung und Instandhaltung der Löschgerätschaften Haftung der Gemeinde. § 368 Ziff. 8 StGB. als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. c) Anwendung der Vorschriften des Landesrechts und des Reichsrechts. 4. Ansprüche gegen den Staat kommen nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. II. Die Ansprüche der verletzten Feuerwehrleute. a) Auf Grund von Versicherungsverträgen. b) gegen den Feuerwehrleiter, wenn er die Verletzung durch sachwidrige Anordnungen schuldhaft herbeigeführt hat. c) gegen die Gemeinde, soweit die Feuerwehr als gemeindliche Einrichtung, nicht als dem Einfluß der Gemeinde im wesentlichen entrückter freiw. Wehrverein ausgestaltet ist. Haftung der Gemeinde i. allgem. aus dem Gesichtspunkt der unerl. Handl. Die schädlichen Folgen mangelhafter Einrichtung der Geräte führen teils schon nach § 823 Abs. 1, teils mindestens nach Abs. 2 zur Ersatzpflicht der Gemeinde. — III. Ansprüche gegen den Versicherer und Rückgriffsrechte desselben. — IV. Ansprüche gegen den Brandstifter.

e) Burkhardt 54f. Der einzelne Feuerwehrmann haftet nach §§ 823ff. für den durch seine widerrechtl. Handl. entstehenden Schaden. Die unerl. Handl. des Feuerwehrmannes kann auch die Gemeinde haftbar machen. Unmittelbare Haftbarkeit der Gemeinde als Tierhalterin nach § 833, als Halterin von Kraftfahrzeugen (§ 7 KFG.). — 63f. Haftung bei freiwilligen Feuerwehren. Der Einzelne haftet genau wie jeder andere nach den Grundsätzen des BGB. Die Haftung des Vereins (freiw. Feuerwehr) richtet sich danach, ob der Verein eingetragen ist oder nicht. — Haftung des Pflichtfeuerwehrmannes 73ff.

f) Riezler. Der Arbeitnehmer hat gegen den Arbeitgeber wegen unberechtigter Verweigerung des Abkehrscheins einen Schadensersatzanspruch, wenn die Ausstellung des Abkscheins eine (öffentl.-rechtl.) Pflicht ist (HilfsdienstpflG. § 9). Die Norm, aus welcher sich diese Pflicht ergibt, läßt sich als ein Schutzgesetz auffassen. Zweifelhaft ist, ob der Arbeitgeber, der einem Arbeiter mit Recht den Abkehrschein verweigert hat, einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 gegen den Arbeitgeber hat, der diesen Arbeiter dem Verbot des § 9 HDG. zuwider in seinen Betrieb aufnimmt.

g) GGBremen 19. 7. 17, GewuKfmG. 22, 345 läßt dahingestellt, ob in der Vorenthaltung des Abkehrscheins eine u. H. i. S. des § 823 anzunehmen ist; angenommen ist eine privatrechtl. Verpflichtung zur Erteilung des Abkehrscheins.

II. Abs. 2.

1. **RG.** 21. 5. 17, PosMSchr. 17, 72. Wer durch die Verletzung eines Schutzgesetzes einen Schaden anrichtet, hat die Vermutung gegen sich, daß seine Handlungsweise auf einem Verschulden beruhe, so daß er seinerseits dartun muß, er habe alles getan, um dem Schutzgesetze gemäß zu verfahren (**RG.** JW. 09, 134, 687; 11, 980; 12, 390, 536; 16, 38).

2. Hamburg 13. 3. 14, OLG. 34, 119. Der „andere", den das Schutzgesetz schützen soll, kann immer nur eine Person sein, deren unmittelbaren Schutz jenes Gesetz bezweckt. Der Kreis der Personen, die ein Gesetz zu schützen bestimmt ist, kann nur dem Gesetz selbst, seinem Inhalt, den Verhältnissen, die es regeln will und den Zielen, die es verfolgt, entnommen werden (vgl. **RG.** 73, 30). Nur mittelbar Beteiligte werden nicht geschützt (z. B. der Charterer eines Schiffes).

3. **RG.** 4. 1. 17, R. 17 Nr. 1412. Ein Schutzgesetz braucht keine Strafandrohung zu enthalten.

4. Stuttgart 9. 11. 16, R. 17 Nr. 197. Das Auftauen einer eingefrorenen Wasserleitung in einer ländlichen Gerümpelkammer mit Bretterdecke mittels eines offenen, auf einem Blech angezündeten Hobelspanfeuers ist fahrlässig und verstößt gegen Schutzgesetze.

5. Einzelne Schutzgesetze.

a) α. StGB. §§ 185ff. **RG.** 1. 12. 16, MschutzuWettbew. 16, 194. Haftbarmachung eines Bürgermeisters und eines städt. Beamten, weil diese das Gesuch eines Gewerbetreibenden in öffentl. Sitzung der Stadtverordneten mit Äußerungen begleitet hatten, welche den Gesuchsteller in seinem Erwerbe schädigten und infolge der Öffentlichkeit der Sitzung in die Presse gelangten. Abweisung der Klage, da das Vorhandensein einer Beleidigung nicht feststand.

β. Giese o. Abs. I Ziff. 8c.

b) § 366 Ziff. 7 StGB., Stuttgart 26. 10. 16, R. 17 Nr. 49. Schutzgesetz ist § 366 Ziff. 7 StGB. nicht bloß für den, auf den Steine geworfen werden, sondern überhaupt für jeden, der durch das Werfen in Gefahr kommen kann. Dies folgt schon daraus, daß der Verstoß gegen diese Schutzvorschrift strafrechtlich ohne Antrag zu ahnden ist, während die tatsächlich eingetretene Verletzung unter Umständen nur auf Antrag verfolgt wird.

c) § 368 Ziff. 8 StGB. Oertmann o. I Ziff. 8d.

d) § 11 PreßG. Giese (s. ob. Ziff. 8c). § 11 PreßG. ist kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Denn er begründet keine Pflicht des verantwortlichen Redakteurs (§ 7 PreßG.).

e) §§ 85, 108 VersAufsG. Hamburg 17. 2. 17, HansGZ. 17 Bbl. 141, LeipzZ. 17, 824, MittöffFeuerversAnst. 17, 208, OLG. 34, 410, R. 17 Nr. 819. Die §§ 85, 108 Vers.-AufsG. sind Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2. Der Agent, der eine Versicherung bei einer nicht zugelassenen ausländischen VersichGes. vermittelt, macht sich dem Versicherungsnehmer schadensersatzpflichtig.

f) § 3 Abs. 2 BRVO. v. 3. 2. 10. Braunschweig 4. 6. 15, OLG. 34, 100. § 3 Abs. 2 der BRVO. betr. den Verkehr mit Kraftfahrzeugen ist Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

g) **RG.** 21. 5. 17, PosMSchr. 17, 72. Die §§ 100ff. I 8 PrALR. sind Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2.

h) Hamburg 13. 3. 14, OLG. 34, 119. Die SeestraßenOrd. ist Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

i) **RG.** 3. 5. 17, HessRspr. 18, 112. Polizeiliche Verordnungen über die Streupflicht bei Glatteis als Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2.

k) Anordnungen über Feuerlöschhilfe s. o. I 8d (Oertmann).

l) Matthiessen, § 5 Ziff. 1 BRVO. v. 23. 7. 15 ist Schutzges. i. S. des § 823 Abs. 2. Der Käufer erlangt gegen seinen Verkäufer einen Schadensersatzanspruch, der auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Hierdurch wird Herabsetzung des Kaufpreises erzielt. Vgl. 817. — Vgl. das. über Verstöße gegen d. HöchstpreisG.

§ 824.

I. 1. Wegen der Unterlassungsklage s. o. §§ 823ff. Ziff. 4.

2. Giese, Haftung des Redakteurs und Verlegers s. § 823 I Ziff. 8c.

3. de Boor (s. ob. §§ 823ff. Ziff. 1c u. § 825, § 839 Ziff. 1a). § 824 ersetzt nicht die Haftung wegen Rechtswidrigkeit, er ergänzt sie nur und hat also neben ihr Raum. Dem Tatbestand unsittlicher Schädigung steht er so selbständig gegenüber, wie die ganze Haftung der Rechtswidrigkeit. Er ist also beliebig neben ihm verwendbar. Der Tatbestand der Beamtenhaftpflicht dagegen schließt den Tatbestand der Kreditgefährdung aus wie die sonstige Haftung wegen Rechtswidrigkeit.

4. Hamburg 30. 11. 16, JW. 17, 557. Der Bekl. hat gegen den Kl., einen Rechtsanwalt, beleidigende Behauptungen aufgestellt. Nachdem der Kl. im Laufe der ersten Instanz den Klageanspruch für erledigt erklärt hatte, weil fortan keine Wiederholungsgefahr mehr bestehe, hat das LG. Hamburg dem Kl. die Kosten des Verf. auferlegt, weil Wiederholungsgefahr niemals bestanden habe. OLG. Hamburg hebt auf. Die Äußerungen des Bekl. enthalten Beleidigungen des Kl. Bekl. hat keinen Versuch gemacht, die Wahrheit der von ihm behaupteten Tatsachen darzutun, vielmehr hat er seine ganze Verteidigung in dieser Hinsicht darauf gerichtet, daß er den Kl. gar nicht ge-

meint habe. Wiederholungsgefahr zur Zeit der Klageerhebung bestand. Nach der Rechtspr. (JW. 16, 289) ist anzunehmen, daß in der Regel die Tatsache der Rechtsverletzung vor dem Prozeß genügt, um anzunehmen, daß der rechtsverletzende Wille fortdauere, falls nicht besondere Umstände dies ausschließen. Vorliegend spricht gegen den Bekl. der Umstand, daß er den Kl. schon häufig angegriffen hat und daß es sich um eine Äußerung in der Presse handelt, bei der nach der reichsgerichtl. Rechtsprechung (LeipzZ. 15, 133; 16, 347) die Wiederholungsgefahr regelmäßig gegeben ist.

5. **RG.** 17. 10. 16, LeipzZ. 17, 193. Vorwurf der Patentverletzung s. UnlWG. § 14. II. Abs. 2. Hamburg 11. 10. 16, HansGZ. 17 Bbl. 41. Der mit der Aufnahme einer Taxe beauftragte Bekl. hatte eine vom Kl. aufgestellte Vortaxe einer Kritik unterzogen. Abweisung der Unterlassungsklage. Wahrnehmung berechtigter Interessen ist auch gegenüber dem Unterlassungsanspruch beachtlich. (So neuerdings **RG.** 82, 63.) Ist die Wahrnehmung berechtigter Interessen nachgewiesen, so ist der Tatbestand der unerl. Handl. der Beleidigung oder Kreditgefährdung nicht erfüllt. Das Handeln ist solchenfalls nicht rechtswidrig. Aufstellung von Behauptungen in Kenntnis der Unwahrheit verstößt gegen die guten Sitten. — Abweisung der Unterlassungsklage auch wegen Fehlens der Wiederholungsgefahr..

§ 825.

de Boor (s. o. §§ 823ff. Ziff. 1c, 824 Ziff. I 3 u. § 839 Ziff. 1a). Der Tatbestand des § 825 gehört der Haftung wegen sittenwidriger Schädigung an. Seine selbständige Bedeutung gegenüber § 826 gewinnt § 825 dadurch, daß sich bei ihm der Vorsatz nur auf die Handlung selber, nicht darüber hinaus auch auf den durch sie entstandenen Schaden richten muß. Im Falle der Tateinheit haben beide Bestimmungen nebeneinander Raum, wie denn überhaupt von den Bestimmungen über Haftung wegen Sittenwidrigkeit, für die eine einschränkende Ausgestaltung eines einheitlichen Grundsatzes enthalten, keine die andere ausschließt. Der Haftung wegen rechtswidrigen Handelns steht § 825 genau so gegenüber wie § 826, insbesondere ist also die Haftung des § 825 neben derjenigen aus Amtspflichtverletzung anzunehmen, ohne daß dem Beamten die Einschränkungen des § 839 zustatten kämen.

§ 826.

1. Schadensersatz. a) **RG.** 25. 9. 16; 88, 406, SeuffA. 72, 193. § 826 erfordert, daß der Ersatzpflichtige dem Ersatzberechtigten Schaden zufügt, d. h. die adäquate Ursache seines Schadens setzt. Wer aus eigenem freien Willen Vermögensstücke ohne Entgelt hergibt, erleidet zwar eine Vermögenskürzung, aber keinen Schaden i. S. des § 826; ihm wird auch kein Schade zugefügt. Sein Wille ist jedoch nicht mehr frei, wenn er durch Irrtum hervorgerufen und beeinflußt ist. Dann handelt er nicht, wie er in Wahrheit gewollt hat; sein Vermögen wird, soweit er es aus Irrtum opfert, wider seinen wirklichen Willen vermindert. Von einem Schaden im Rechtssinne wird man ferner dann nicht sprechen können, wenn der Schenkgeber die unentgeltliche Zuwendung zu einem bestimmten Zwecke macht und der Zweck erreicht wird, so wie er ihn erstrebt hat. Seiner Leistung entspricht dann im gewissen Sinne als Gegenleistung der ideale Gewinn, den er im Auge gehabt und gewollt hat. Er wird aber i. S. des § 826 geschädigt, wenn er über den beabsichtigten Zweck oder dessen Voraussetzungen getäuscht wird, in der Täuschung befangen zu der Freigebigkeit sich bestimmen läßt, die er ohne die Täuschung nicht gemacht hätte, und wenn der von ihm mit der Freigebigkeit verfolgte Zweck nicht erreicht wird.

b) **RG.** 22. 3. 17, R. 17 Nr. 1051. Schadensersatz aus § 826 wird durch Nichtanfechtung gemäß § 271 HGB. nicht ausgeschlossen.

2. de Boor, Über das Verhältnis des § 826 zu §§ 823, 839, 825 s. zu §§ 823ff. Ziff. 1c, 825, 839 Ziff. 1a.

3. Vorsatz. a) **RG.** 29. 3. 17; 90, 106, JW. 17, 655, LeipzZ. 17, 793. Der § 826 verlangt zunächst das Vorliegen einer Handlungsweise, die gegen die guten Sitten verstößt, also die Feststellung eines objektiven Tatbestandes, der ein sittenwidriges Handeln darstellt. Aber nicht eine jede sittenwidrige Handlung erzeugt einen Schadensersatzanspruch auf Grund des § 826 .Vielmehr erfordert diese Vorschrift weiter, daß die sittenwidrige Handlungsweise mit dem Vorsatze der Schadenszufügung verbunden ist; es muß also einmal durch die sittenwidrige Handlung einem anderen ein Schaden entstanden sein und sodann ist es erforderlich, daß der Vorsatz des Handelnden auf die Schadenszufügung gerichtet war. Als ein derartiger Vorsatz genügt aber auch schon das bloße Bewußtsein des Täters, daß seine Handlungsweise geeignet ist, einem anderen Schaden zuzufügen, und daß er diese Möglichkeit in seinen Willen aufgenommen und gebilligt hat. In vielen Fällen ist die Frage, ob die Schadenszufügung vorsätzlich erfolgt ist, von der Beantwortung der anderen Frage, ob die Handlungsweise des Bekl. gegen die guten Sitten verstoßen hat, nicht zu trennen. Es erscheint deshalb in der Regel auch nicht unbedenklich, die Frage unerörtert zu lassen, ob das Verhalten des Bekl. gegen die guten Sitten verstößt, und lediglich zu untersuchen, ob die Schadenszufügung eine vorsätzliche war oder nicht. Denn aus der Art und Weise, in der sich das sittenwidrige Verhalten kundgibt, wird nicht selten auch zu folgern sein, ob der Bekl. mit dem Vorsatz der Schadenszufügung gehandelt hat.

b) **RG.** 18. 1. 17, JW. 17, 540, R. 17 Nr. 399. Der Tatbestand des § 826 erfordert zwar einen Vorsatz der Schädigung, nicht aber muß notwendig das sittenwidrige Handeln einem Vorsatz entspringen; es sind Fälle denkbar, in denen auch ein Handeln aus gröbster Fahrlässigkeit, insbesondere dann, wenn es sich um grobfahrlässige und leichtsinnige wahrheitswidrige Äußerungen und Darstellungen in wesentlichen Dingen seitens solcher Personen handelt, deren Stellung ein gewisses besonderes Vertrauen auf ihre Angaben gerade in jenen Angelegenheiten mit sich bringt, das Tatbestandsmerkmal sittenwidrigen Handelns erfüllt (**RG.** 72, 175, WarnE. 14 Nr. 122; 16 Nr. 254, JW. 11, 584 Nr. 27; 12, 749 Nr. 14). Der Grundsatz dieser Entscheidungen ist auch auf den Gerichtsvollzieher anwendbar, dem seine Stellung manchen tieferen Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse von Schuldnern gewährt und dessen Mitteilungen darüber deshalb den Eindruck einer besonderen Zuverlässigkeit machen. Das gilt insbesondere für seine Mitteilungen über den Wert von Mobilien, die als Pfandstücke in Betracht kommen, in deren Abschätzung dem GV. eine besondere Erfahrung und Übung zur Seite steht; es gilt besonders, wenn der GV. nicht eine erbetene Auskunft nur leichtsinnig gegeben, sondern selbst werbend und empfehlend zugunsten eines Schuldners aufgetreten sein soll, bei welchem er selbst Zwangsvollstreckungen vorgenommen und in dessen Vermögens- und Kreditverhältnisse er Einblick gewonnen hatte.

c) **RG.** 22. 3. 17, R. 17 Nr. 1050. Nach **RG.** 72, 175, JW. 11, 584 und insbesondere JW. 14, 83, muß es sich bei fahrlässigem Handeln um eine besonders gesteigerte Fahrlässigkeit handeln, die sich als äußerste Leichtfertigkeit, als Gewissenlosigkeit darstellt, und daneben muß eine besondere Stellung des Handelnden zum Geschädigten (Vertrauensstellung) gegeben sein, die eine besondere Sorgfalt erheischt. Vgl. **RG.** 14. 4. 17, R. 17 Nr. 1054.

d) BayObLG. 2. 6. 16, BayObLG. 17, 119. Als gegen die guten Sitten verstoßend ist auch ein auf Irreführung im redlichen Geschäftsverkehr abzielendes Verhalten anzusehen. Der Vorsatz i. S. des § 826 braucht sich nicht gegen eine bestimmte Person zu richten; es genügt, wenn jemand voraussetzen konnte, daß irgendein Dritter geschädigt werden könne und daß er eine solche Schädigung in seinen Willen aufgenommen hat.

RG. 21. 9. 16, GruchotsBeitr. 61, 129. Erfordernis der Vorsätzlichkeit gegeben,

wenn der Handelnde sich der Möglichkeit der Schädigung bewußt gewesen ist, diesen möglichen Erfolg auch für den Fall seines Eintritts gebilligt und in diesem Sinne in den Willen aufgenommen hat.

e) Josef, GruchotsBeitr. 61, 177. Es ist nicht erforderlich, daß der Handelnde von der Absicht der Schädigung geleitet werde; er muß sich nur bewußt sein, daß die Handlung den schädlichen Erfolg haben werde, und diesen dennoch wollen. Das Merkmal der Vorsätzlichkeit der Schädigung wird auch schon durch das Bewußtsein des Täters erfüllt, daß infolge seiner Handlungsweise der andere Schaden erleiden könne, sofern er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat (dolus eventualis); nur darf sich der mögliche Erfolg dem Täter nicht als eine so entfernte Möglichkeit darstellen, daß er im Ernste nicht damit rechnen zu müssen glaubt. Sind Folgen eingetreten, die der Täter nicht in den Kreis seiner Vorstellungen aufgenommen hatte, dann fehlt es insoweit an dem Vorsatze.

4. **RG.** 1. 10. 17, R. 17 Nr. 1996. Auch bei Ausübung jemandem formell zustehender Rechte kann gegen § 826 verstoßen werden.

5. Arglist, Einrede der allgemeinen Arglist (zu vgl. auch A I 2 zu § 138). a) **RG.** 10. 7. 17, WarnE. 17, 443. Einrede der Arglist aus § 826 gegenüber einem Wechsel.

b) **RG.** 23. 4. 17, LeipzZ. 17, 1071. Eine arglistige Täuschung beim Vertragsschlusse durch Stillschweigen, die den Tatbestand des § 826 erfüllt, ist dann anzunehmen, wenn nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für den Schweigenden eine Offenbarungspflicht bestand (**RG.** 62, 149; 69, 13; 77, 309). → Zu vgl. auch 7 zu § 123. ←

6. Verstoß gegen die guten Sitten. a) Vorteile aus der Ersteigerung bewegl. Sachen. **RG.** 18. 5. 17, JW. 17, 812, LeipzZ. 17, 1052. Wie RG. (vgl. JW. 16, 400) für das Gebiet des Immobiliarsachenrechts angenommen hat, verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Gläubiger die ihm aus der Ersteigerung beweglicher Sachen bei der Weiterveräußerung etwa erwachsenden Vorteile als einen auf Grund des auf seine eigene Gefahr übernommenen Geschäfts der Ersteigerung erlangten Gewinn lediglich für sich in Anspruch nimmt. Dasselbe hat bei der Ersteigerung einer Forderung zu gelten. Nur wenn der Gläubiger in sittenwidriger Weise auf das im Verlauf der Dinge zu seiner Bereicherung führende Ergebnis der Versteigerung eingewirkt hätte, würde ein unter § 826 fallendes Verhalten anzunehmen sein.

b) **RG.** 17. 11. 16, JW. 17, 104. Verstoß gegen die guten Sitten eines Gesellschafters dadurch, daß er vertragswidrig über die von ihm angeschafften, zur Verfügung der Ges. zu haltenden Waren verfügt hat.

c) **RG.** 2. 11. 16, JW. 17, 37. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann darin bestehen, daß jemand ein nicht lebensfähiges Geschäft in der eigennützigen Absicht gegründet hat, auf diese Weise das von ihm für das Unternehmen bisher aufgewandte Geld unter Benachteiligung anderer Gläubiger zu retten.

7. § 826 und die formale Rechtskraft des Urteils (JDR. 15 Ziff. 5). a) Bartolomäus. Der eigentliche Fall eines Schadensersatzanspruchs gegenüber rechtskräftigen Urteilen liegt vor, wenn eine Partei der anderen gegenüber das Urteil in unzulässiger Weise zuwege gebracht hat (**RG.** 75, 213). Der gewährte (Schadensersatz) Anspruch bleibt immerhin außerordentlich. Es müßten daher zunächst andere Maßnahmen getroffen werden (z. B. Wiederaufnahme aus dem Grunde der Täuschung des Gerichts).

b) Celle 20. 11. 16, OLG. 34, 119. Kein Unterhaltsanspruch aus einem durch Zusammenwirken beider Eheleute erschlichenen Scheidungsurteil.

8. § 826 im gewerblichen Interessen- und Lohnkampf (JDR. 15 Ziff. 6). a) Zschaler. Die im Boykott begrifflich liegende Behinderung der Betätigungsfreiheit eines anderen ist niemals eine rechtswidrige Verletzung der Freiheit i. S. des § 823. Dagegen ist der Zwangsboykott, insofern er in seiner Eigenschaft als Androhung der Fortsetzung der durch ihn bewirkten Beeinträchtigungen und Schädigungen darauf hinzielt, den widerstrebenden Willen eines Gegners zu beugen, als Verletzung der Willensfreiheit

zu erachten. Durch den Boykott wird auch nicht ein Recht i. S. des § 823 verletzt. Der Boykott ist nur dann als eine gegen die guten Sitten verstoßende Schadenzufügung i. S. des § 826 und als illoyal anzusprechen, wenn der durch ihn verfolgte Zweck unerlaubt oder er selbst nicht als das zu dessen Erreichung geeignete Mittel anzuerkennen ist. Über Unsittlichkeit des Zwangsboykotts 51ff., des Regressivboykotts 54ff. Einwirkung von Dauer und Intensität des Boykotts auf seine Zulässigkeit 65ff. Unterschied hierbei zwischen Zwangs- und Repressivboykott. — Boykottaufforderungen und Boykotterklärungen 73ff. — Die der Durchführung des Boykotts dienenden Mittel sind regelmäßig dann unerlaubt, wenn der Boykott selbst es ist. Die Frage, ob der Verwerflichkeit des Durchführungsmittels die Wirkung innewohnt, einem im konkreten Falle an sich erlaubten Boykott den Stempel der Rechtswidrigkeit aufzudrücken, ist zu verneinen. — Zulässigkeit der Unterlassungsklage bei Verruf und Boykott 100ff. Dem Verletzten ist auch ein Anspruch auf Rücknahme etwa anläßlich des Boykotts aufgestellter unwahrer Behauptungen und anderer zur Durchführung und Stärkung der Verrufsbewegung ergriffenen Maßnahmen auf Grund von § 249 BGB. zuzuerkennen.

b) Leib. Zur Substantiierung der Schadensklage bei Streiks ist der Nachweis erforderlich, daß ein Schade entstanden bzw. daß mit Bestimmtheit zu erwartender Gewinn entgangen ist und daß der Grund für die Entstehung des Schadens in dem Tun der Streikenden wurzelt. Es müßte danach also der Geschäftsinhaber (Chef) dartun, daß er einen bestimmten Umsatz in bestimmter Zeit regelmäßig hat, daß er in der Streikzeit diesen Umsatz nicht gehabt hat und daß an dem Ausfall lediglich der Streik die Schuld trägt, etwa so, daß die Arbeit nicht geschafft werden konnte, bzw. daß sonst bestimmt und regelmäßig eingehende Bestellungen infolge der Streikgefahr nicht gegeben worden sind.

c) **RG.** 19. 2. 17, R. 17 Nr. 1049. Wird mit einem Streik lediglich bezweckt, den Arbeitgeber zu veranlassen, in Zukunft bei der Ansetzung von Überstunden die Wünsche der Arbeiter mehr zu berücksichtigen und stellt die Erreichung dieses Zweckes, vom Standpunkte der Arbeiter eine nicht unwichtige, ihre Lebensgewohnheiten betreffende Frage dar, so verstößt der Streik nicht gegen die guten Sitten, auch wenn das Vorgehen des Arbeitgebers frei von Willkür war.

d) Hamburg 25. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 273. Die Zusammenschließung von Interessenverbänden zu dem Zwecke, die Konkurrenz Dritter auszuschließen, verstößt nicht gegen die guten Sitten. — Reverssystem im Zigarettenhandel vgl. **RG.** 11. 1. 16.

e) **RG.** 3. 4. 16, BauersZ. 24, 52 s. bereits JDR. 15 § 826 Ziff. 6i.

9. § 826 und das Warenzeichenrecht. a) **RG.** 11. 10. 17, R. 17 Nr. 1998. Die Nachahmung eines gewerblich nicht geschützten Fabrikats eines anderen verstößt für gewöhnlich nicht gegen die guten Sitten und zwar auch dann nicht, wenn der andere für die Verbreitung seines Fabrikats erhebliche Reklamekosten aufgewendet hat.

b) Rosenthal, LeipzZ. 17, 1169. Wenn jemand ein von dem Veräußerer eines Geschäfts in sittenwidriger Weise erlangtes Warenzeichen mit dem Geschäft gutgläubig erworben hat und es in verkehrsüblicher Weise benutzt, kann er gleichwohl aus § 826 und § 1 UnlWG. zur Unterlassung der Benutzung und zur Einwilligung der Löschung verurteilt werden. Es kommt nicht darauf an, ob der Erwerber das Zeichen in einer täuschenden Art und Weise benutzt, vielmehr verstößt sein Verhalten schon dann gegen die guten Sitten, wenn er die noch fortwirkende Täuschung des Verkehrs zu seinem Vorteil ausbeutet.

10. § 826 und das Patentrecht. Hamburg 27. 3. 17, HansGZ. 17 Hbl. 121. Die Nachahmung eines nicht durch Patent- oder Gebrauchsmusterschutz gesicherten Produkts ist an sich nicht als Verstoß gegen die guten Sitten rechtswidrig; nur unter besonderen erschwerenden Umständen kann gegen eine selbst „sklavische" Nachahmung verbunden mit einer verwechslungsfähigen Bezeichnung der Schutz der § 826 und 1 UnlWG. angerufen werden.

11. § 826 und UnlW. (s. auch zu § 1 UnlWG.). Hamburg 26. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 203, LeipzZ. 17, 1195, OLG. 35, 277, R. 17 Nr. 1417, ZIndR. 12, 106 (s. § 24

UnlWG. Ziff. 1). Die §§ 826 und 1 UnlWG. setzen zu ihrer Anwendung keinesfalls einen in allen Teilen völlig übereinstimmenden Tatbestand voraus. § 826 erfordert Vorsätzlichkeit, § 1 UnlWG. nicht. § 1 fordert, daß die sittenwidrige Handlung im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes vorgenommen sei. § 826 sieht hiervon ab. Auch die Aktivlegitimation ist eine verschiedene; nach § 826 kann nur der Geschädigte klagen; nach §§ 1, 13 UnlWG. jeder Konkurrent. Von Gesetzeskonkurrenz ist somit keine Rede. Wenn daher der Tatbestand die Merkmale beider Vorschriften enthält, so kann Kl., falls sein Anspruch aus dem UnlWG. Zuständigkeitsbedenken unterliegt, ihn auf § 826 stützen.

12. Über den sog. 1500-(2000-) M.-Vertrag, zu vgl. 34 zu § 138.

13. Kreditauskunft; unrichtiges Zeugnis, zu vgl. Erl. zu § 676.

14. Sicherungsübereignung (zu vgl. auch 29 zu § 138). a) **RG.** 4. 10. 17, BankA. 17, 66. Verstoß gegen § 826 in einem Sicherungsübereignungsvertrag. Umfang der Schadenshaftung des den Vertrag Abschließenden gegenüber den Gläubigern seines Schuldners. Er kann sich durch Berufung auf den Vertrag und dessen Geheimhaltung nicht besser stellen, als er gestellt sein würde, wenn der Vertrag gar nicht geschlossen worden wäre.

b) **RG.** 21. 9. 16, GruchotsBeitr. 61, 129. Sittenwidrigkeit einer Sicherungsübereignung. Schadensersatzklage eines Gläubigers des Sicherungsschuldners gegen den Sicherungseigentümer gemäß § 826.

c) **RG.** 24. 5. 17, LeipzZ. 17, 1254. Ob Maßnahmen, die die Sicherung eines gewährten Kredits bezweckten und zugleich zu einer Schädigung Dritter führen, i. S. des § 826 gegen die guten Sitten verstoßen, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Vorliegend verneint.

15. Einzelne Fälle. a) Reichel, Bürgschaft oder Schuldmitübernahme, GruchotsBeitr. 61, 548ff., 557. Ein Bürge, der die Erfüllung der Bürgschaftsform arglistig hintertreibt durch die Vorspiegelung, er sei dem Gl. ohnedies verbindlich und durch das so erweckte irrige Vertrauen den Gl. zu nachteiligen Kreditmaßnahmen verleitet, verstößt gegen die guten Sitten und hat den Schaden des Gl. zu ersetzen. Die strittige Frage, ob dieser Schadensersatzanspruch gerichtet sei auf das negative oder auf das positive Interesse des Gl. muß i. S. der ersten Alternative entschieden werden. Der Schaden des Gl. nämlich besteht nicht darin, daß ihm der Bürge nicht schuldet (denn auf die Bürgschaftsleistung hatte der Gl. ohnedies keinen Anspruch), vielmehr darin, daß er Kredit gewährt im falschen Vertrauen auf die Bürgschaft, welche in Wahrheit nicht zustande kommt. Der arglistige Bürge hat daher den Gläubiger im Ergebnis so zu stellen, wie er stünde, wenn er klar gesehen und infolge dessen den ungesicherten Kredit überhaupt nicht gewährt hätte.

b) **RG.** 1. 10. 17, R. 17 Nr. 1997. Kein Einwand gegenüber einer Klage aus § 826, daß der Vertreter einer juristischen Person nur für die Interessen des Vertretenen gehandelt habe.

c) **RG.** 7. 7. 17, LeipzZ. 17, 1171. Die arglistige Täuschung, durch die jemand zu einem Vertragsschluß bestimmt wurde, begründet für diesen nur dann einen Schadensersatzanspruch, wenn ihm hierdurch mit Vorsatz des Täuschenden ein Schaden zugefügt und somit der Tatbestand einer unerl. Handl., insbesondere nach § 826 erfüllt ist. Ob ein Schaden entstanden ist, kann nur durch Vergleichung der Vermögenslage des Geschädigten vor dem durch die Täuschung herbeigeführten Vertragsschluß mit der Vermögenslage, in die er durch den Vertragsschluß gekommen ist, also nur unter Berücksichtigung nicht nur aller Nachteile, die ihm daraus entstanden sind, sondern auch aller Vorteile, die er dadurch erlangt hat, festgestellt werden (**RG.** 54, 140; 83, 246, GruchotsBeitr. 55, 349).

d) **RG.** 29. 5. 16, R. 17 Nr. 1821. Das Verleiten von Versicherten zur Kündigung des Vertrages durch einen Versicherungsagenten nach dem Austritt bei einer Gesellschaft zu dem Zwecke sie zu seiner neuen Ges. herüberzubringen, verstößt an sich nicht gegen § 826. Vgl. dazu Hecht, ZVersWiss. 17, 647 (JDR. 15 UnlWG. § 1 Ziff. II 5).

e) **RG.** 6. 2. 17, MschutzuWettbew. 16, 246, R. 17 Nr. 620. Wer, zwar in unerl. Weise, das Geschäftsgeheimnis eines anderen für sich benutzt hat, kann nicht mehr zur

Unterlassung fernerer Benutzung verurteilt werden, wenn inzwischen durch Dritte das Verfahren nach allen Richtungen hin bekannt geworden ist.

f) München 8. 7. 14, OLG. 34, 119, Anm. 1. Aus § 826 haftet, wer vorsätzlich zur Vereitelung der Lohnbeschlagnahme zugunsten eines außerehelichen Kindes dadurch hilft, daß er den Kindesvater ohne Entgelt in Dienst und Unterhalt nimmt und behält.

g) **RG.** 9. 10. 16, LeipzZ. 17, 52. Darin, daß ein Gastwirt in wirtschaftlicher Abhängigkeit von einer Brauerei steht, liegt noch keine sittenwidrige Knebelung des Gastwirts. Klage eines Gl. des Gastwirts gegen die Brauerei mangels Voraussetzungen des § 826 abgewiesen.

h) **RG.** 23. 2. 17, R. 17 Nr. 821. Hat ein Baumeister gegen die Zusage der Beteiligung an der Ausführung eines in Aussicht stehenden Bauauftrags für eine Fabrik versprochen, binnen eines Jahres keinerlei Angebote auf etwaige weitere Bauten dieser Fabrik einzureichen, so ist er an das Versprechen nicht mehr gebunden, falls sich die Fabrik vom ersterwähnten Bauvorhaben schon vor Baubeginn zurückzieht. Die Übernahme des anderweitig an Stelle des ursprünglichen Projekts auszuführenden Baues verstößt auch nicht gegen die guten Sitten.

i) Dresden 4. 10. 16, SeuffA. 72, 88. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn jemand den Kaufliebhaber eines Grundstücks mit dem Hinweise vor dem Kaufe warnt, daß in dem Grundstück der Schwamm sei.

k) **RG.** 12. 12. 16, BankA. 16, 197. Vervielfältigt der Empfänger eines echten Wechsels diesen Wechsel und versieht er die Abschriften mit gefälschten Akzepten, gibt er dann die gefälschten Wechsel weiter an eine Bank, die den Akzeptanten vom Ankauf der Wechsel benachrichtigt, so haftet der daraufhin schweigende Akzeptant nicht ohne weiteres. Eine Haftung ist nicht aus einem Vertragsverhältnis, noch aus unerl. Handl. oder § 826 gegeben.

l) **RG.** 26. 4. 17, LeipzZ. 17, 1070, R. 17 Nr. 1416. Wenn eine Bank einem Gewerbetreibenden einen größeren Kredit eingeräumt hat, so kann darin, daß sie sich nach und nach den größten Teil des Vermögens ihres Schuldners zur Sicherheit übereignen oder verpfänden läßt, noch nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden.

m) **RG.** 29. 9. 16, BayRpflZ. 17, 20. Schadensersatzpflicht eines Bankiers wegen Verleitung zum Börsenspiel, auch wenn die Voraussetzungen des § 94 BörsGes. nicht vorliegen.

n) **RG.** 15. 6. 17, WarnE. 17, 322. Schadensersatzpflicht wegen Vorspiegelung der Börsentermingeschäftsfähigkeit s. BörsG. § 57 Ziff. 3.

o) **RG.** 8. 5. 16, BauersZ. 24, 21 s. bereits JDR. 15, § 826 Ziff. 12p.

p) **RG.** 5. 12. 16, JW. 17, 217. Wenn ein Gesellschafter die Einberufung des Mitgesellschafters zum Heeresdienst benutzt, um diesen aus dem Geschäft herauszusetzen, so mag darin zwar ein Mangel an berufsfreundlicher Gesinnung liegen, ein Verstoß gegen die guten Sitten kann darin nicht gefunden werden.

q) Celle 31. 10. 16, LeipzZ. 17, 290. Über das Verhältnis des Konkursanfechtungsrechts zum Schadensersatzanspruch.

§§ 827, 828.

RG. JW. 17, 38. Verhältnis zu § 833 S. 2 s. u. § 833 Ziff. III 1.

§ 830.

a) Starck. Eine Gesamthaft des Hehlers (Begünstigers) und Haupttäters dem Beschädigten gegenüber besteht nicht, da eine Verantwortungshaftung für beide im Gesetz nicht ausgesprochen ist. Eine solche könnte sich nur aus § 830 Abs. 1 BGB. ergeben. Die Vorschrift trifft auf sie nicht zu, da sie weder gemeinschaftlich eine unerl. Handl. begehen, noch an einer solchen i. S. des § 830 Abs. 1 S. 2 beteiligt sind.

b) Mantey gegen Starck: Die Gesamthaft des Begünstigers (Hehlers) mit dem Haupttäter bei sich deckendem Schaden ergibt sich aus § 823 in Verb. mit §§ 421ff.

c) **RG.** 7. 12. 16, WarnE. 17, 25. Der Begriff der Beihilfe in § 830 Abs. 2 ist dem § 49 StGB. entnommen. Gehilfe ist, wer dem Täter zur Begehung der unerl. Handl. durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe leistet. Auf das Maß, in dem die einzelnen Mittäter zu dem Gesamtschaden beigetragen haben, kommt es nicht an. Die gemeinschaftliche Begehung und gleichermaßen die Beihilfe zur Begehung lassen jeden für alles haften, was durch sämtliche Teilnehmer verursacht ist (vgl. **RG.** VI 145, 14; 328. 14). Teilnahme an einer den Hypothekengläubiger schädigenden Wegschaffung der Inventarstücke vom Grundstück.

d) **RG.** 29. 9. 16, R. 17 Nr. 1057. Duldet ein Bankier Zutreiberdienste eines Dritten zu Spekulationsgeschäften, so haften beide dem Geschädigten gemeinsam, gleichgültig, ob ein Anstellungsverhältnis besteht.

§ 831.

1. Buch, Schuld und Haftung 36. In den Fällen der sog. Haftung des Aufsichtspflichtigen (§§ 831 u. 832) handelt es sich um besondere Tatbestände, die kraft Gesetzes zu einer eigenen deliktsähnlichen Schuld des Verpflichteten führen. Daß es nicht angeht, im geltenden Recht von einer Haftung der Aufsichtspflichtigen für fremde Schuld zu sprechen, zeigt insbes. der Fall, wo es wegen mangelnder Deliktsfähigkeit des zu Beaufsichtigenden zu einer eigenen Schuld bei diesem gar nicht kommt — oder man müßte zu der Hilfskonstruktion greifen, daß in solchem Fälle der unmündige Delinquent zwar Schuldner, aber nicht Haftender geworden ist. Nur bei der Billigkeitsvorschrift des § 829 ist zu sagen, daß das Gesetz hier ausnahmsweise Schuld und Haftung eines Unmündigen — und zwar als eine Deliktsschuld trotz mangelnder Deliktsfähigkeit — festgestellt hat. — Über Haftung des Staates für s. Beamten s. u. § 839 Ziff. 6.

2. Widerrechtlichkeit. **RG.** 22. 2. 17, LeipzZ. 17, 866, PosMSchr. 17, 8. Die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung im § 831 ist lediglich gegenständlich (objektiv) zu verstehen; es genügt eine Handl. der zu einer Verrichtung bestellten Person, die einen schädlichen Erfolg hatte, auf dessen Herbeiführung jene Person kein Recht besaß. Ein Verschulden der bestellten Person wird durch § 831 nicht gefordert; die Bestimmung hat nicht eine unerlaubte Handlung des zu einer Verrichtung bestellten, sondern eine solche des Geschäftsherrn zum Gegenstande (**RG.** 49, 26, WarnE. 10, 132; 12, 410; 14, 53; 16, 304). Widerrechtlich ist der Eingriff in einen fremden Rechtskreis stets dann, wenn ihm nicht eine besondere Befugnis zur Seite steht.

3. Personenkreis. a) **RG.** 24. 5. 17, WarnE. 17, 379. Haftung des Eisenbahnfiskus für seine gesetzlichen Vertreter. Der Bahnhofsvorsteher gehört nicht zu den verfassungsmäßigen Vertretern des Eisenbahnfiskus. Er ist eine zu Verrichtungen bestellte Person i. S. des § 831.

b) **RG.** 1. 3. 17, WarnE. 17, 417. § 831 hat auch gegenüber nicht rechtsfähigen Vereinen und ihren Mitgliedern Geltung (vgl. **RG.** JW. 13, 737).

c) **RG.** 7. 6. 17, LeipzZ. 17, 1339. Der Fahrgast einer Kraftdroschke bestellt den Droschkenführer nicht zu einer Verrichtung i. S. des § 831 (**RG.** 77, 20; 79, 319; 85, 372). Vgl. § 17 KFG. Ziff. 7.

4. Aufsichtspflicht. a) Cöln 5. 3. 14, OLG. 34, 120. Aufsichtspflicht des Anstaltsinhabers und Anstaltsleiters einer Irrenanstalt. Der Anstaltsinhaber genügt seiner Pflicht durch Anstellung eines tüchtigen und erfahrenen Irrenarztes zur Leitung der Anstalt. Der Anstaltsleiter kann sich nicht damit allein entschuldigen, daß er tüchtige Hilfskräfte und Wärter angestellt hat. Die Leitung einer Irrenanstalt stellt höhere Ansprüche auch an die persönliche Aufsichts- und Sorgepflicht der Anstaltsleiter.

b) **RG.** 3. 7. 16, R. 17 Nr. 623. Bei umfangreichen Unternehmungen darf der Unternehmer die Ausführung gewisser, ihm obliegender Aufsichtsverrichtungen seinen Angestellten überlassen.

c) Hamburg 21. 4. 17, R. 17 Nr. 1419. Von dem Kirchenvorstand muß verlangt

werden, nicht nur, daß er für die Schließung der Kirche eine zuverlässige Person anstellt, sondern daß er auch über die Schließung geeignete Bestimmungen trifft. Bei Vernachlässigung dieser Pflicht haftet die Kirchengemeinde für den daraus erwachsenden Schaden.

5. Beweis und Gegenbeweis. a) **RG.** 4. 1. 17, LeipzZ. 17, 1068, R. 17 Nr. 1418. In **RG.** v. 10. 1. 10 VI 36. 09 ist zwar ausgesprochen, daß sich der Streupflichtige bei Glatteis wegen der Dringlichkeit auch auf ein zuverlässiges Reinigungsinstitut nicht verlassen dürfe, weil dieses nicht überall zugleich streuen könne. Es wird aber auch der Nachweis zugelassen, daß das Institut nicht nur zuverlässig, sondern vermöge seiner Einrichtungen imstande sei, der Streupflicht annähernd ebenso rasch und wirksam wie ein sorgsamer Hausvater nachzukommen. Ein solcher Nachweis mag schwer sein; von vornherein als unmöglich kann man ihn aber nicht betrachten.

b) Umfang des Entlastungsbeweises. *α*. **RG.** 24. 11. 16, OLG. 34, 118. Haftung einer Stadtgemeinde für Beschädigung an Häusern bei der Herstellung einer Kanalisation. Ausführung an einen zuverlässigen Unternehmer übertragen. Eine Stadtgemeinde kann sich damit nicht wie ein Privater entschuldigen, weil ihr entweder in ihrem Vertretungskörper ein Bausachverständiger zu Gebote steht oder sie sich die Mitwirkung des Kreisbaubeamten verschaffen kann. Auch abgesehen hiervon ist sie durch die Übertragung der Bauausführung nicht von der Verpflichtung zur Bauaufsicht entbunden (JW. 08, 269). Haftung aus § 75 Einl. z. ALR. (vgl. **RG.** 58, 136).

β. **RG.** 11. 12. 16, R. 17 Nr. 625. Es ist nicht angängig, einen technischen Angestellten deswegen als unsorgfältig ausgewählt zu bezeichnen, weil er anstatt der wissenschaftlichen nur praktische Ausbildung besitzt.

γ. Hamburg 10. 12. 14, OLG. 34, 147. Haftung des Kraftwagenhalters, wenn das KFG. keine Anwendung findet (vgl. u. zu § 8 KFG.) Der Entlastungsbeweis des Kraftwagenhalters ist dann nicht geführt, wenn er einen Kraftwagenführer angestellt hat, der zwar den in einer kleineren Stadt zu stellenden Anforderungen genügte, von dem aber noch nicht gesagt ist, daß ihm die Führung eines Kraftwagens in einer großen Stadt, wie Hamburg mit seinem starken Verkehr, ohne weiteres anvertraut werden dürfte. Der Kraftwagenhalter muß seine Erkundigung auch auf diese Eignung erstrecken.

δ. **RG.** 15. 5. 16, R. 17 Nr. 622. Ist infolge Fehlens eines Schutzdaches an einem Neubau ein Vorbeigehender von einem herabfallenden Hammer getroffen worden, und besteht, da sein Standort zur Zeit des Unfalles nicht mehr genau festgestellt werden kann, die Möglichkeit, daß er auch trotz Vorhandenseins eines Schutzdaches getroffen worden wäre, so genügt diese Möglichkeit nicht zur Entlastung des Unternehmers, vielmehr ist positive Gewißheit erforderlich.

ε. **RG.** 5. 10. 15, EisenbE. 33, 432. Der Betriebsunternehmer muß sich nach den Vorstrafen des einzustellenden Kutschers erkundigen und ihn während der Probezeit auch auf der Straße beobachten lassen.

6. Einzelne Fälle. a) Hamburg 22. 2. 17, OLG. 35, 140. Bei Bestrafung des Schuldners nach § 890 ZPO. kommt eine Haftung für Dritte i. S. von §§ 278, 831 nicht in Betracht, da es sich um eine Strafbestimmung handelt.

b) **RG.** 15. 3. 17, LeipzZ. 17, 866. Haftung des Geschäftsherrn für den Angestellten nach § 831, der durch arglistige Täuschung einen Dritten zum Abschluß eines ihn schädigenden Vertrages mit dem Geschäftsherrn verleitet hat.

c) Hamburg 27. 4. 15, OLG. 34, 122. Beschädigung des Kraftwagens des Kl. durch Auffahren auf den auf einem Platze aufgestellten Lastkraftwagen des Bekl. Dieser kann nur aus § 831 haften. Verneinung der Haftung.

§ 832.

Hamburg 11. 1. 17, LeipzZ. 17, 938. Aufsichtspflicht des Vaters, der das Spielen seines elfjährigen Kindes mit einem Luftgewehr gestattet. Derartige Gewehre dürfen Eltern ihren Kindern in die Hand geben. Die Eltern haben aber die Pflicht, den Gebrauch

der Waſſe zu beaufſichtigen. Wie ſie dieſe Aufſichtspflicht im einzelnen ausüben wollen, hängt von der Sachlage im einzelnen Falle, insbeſondere den Eltern und der Waffe des Kindes ab. Vorliegend eine Aufſicht nicht ausgeübt.

§ 833.

I. 1. München 3. 3. 17, LeipzZ. 17, 1370. Bei einer Gefälligkeitsfahrt iſt das entſtehende Vertragsverhältnis als Leihe oder ähnlich unbenannter Vertrag anzuſehen, bei dem eine ſtrengere Haftung als für grobe Fahrläſſigkeit ausgeſchloſſen iſt. Die die Einladung annehmende Perſon handelt auf eigene Gefahr (**RG.** 67, 431, GruchotsBeitr. 55, 343).

2. Hamm 9. 2. 15, OLG. 34, 123. Stillſchweigende Gefahrübernahme. Bei der Frage, ob im Einzelfall ſeitens des Getöteten die Gefahr ſtillſchweigend übernommen war, iſt die Verkehrsauffaſſung entſcheidend. Die Verkehrsanſchauung wird, wenn auch nicht ausſchließlich, ſo doch an erſter Stelle darauf Gewicht legen, ob die von dem Werk- oder Dienſtherrn dem Übernehmer vertraglich zu leiſtende Vergütung nur als Entgelt für die an oder mit dem Tiere vorzunehmende Verrichtung zu betrachten iſt oder ob die Vergütung über den angemeſſenen Dienſt- (Werk-)lohn und den Erſatz der erforderlichen Aufwendungen des Übernehmers hinausgeht. Iſt erſteres der Fall, ſo iſt im Zweifel anzunehmen, daß mit der Übernahme der Verrichtung nicht auch die Gefahrtragung übernommen und die Tierhalterhaftung nicht ausgeſchloſſen iſt.

3. Cochlovius. Iſt die Polizei nicht königlich, ſondern ſtädtiſch, ſo iſt nicht der Staat, ſondern die Gemeinde Tierhalterin von Polizeihunden.

II. Abſ. 1. 1. Über Tierhalterhaftung bei Miets- und Kommiſſionsverhältniſſen ſ. Eckſtein und zum § 7 KFG..

2. Urſächlicher Zuſammenhang. a) Zerahn beſpricht an der Hand der Rechtſprechung die bei § 833 auftauchenden Fragen des KauſZuſ. (Begriff des KauſZuſ.; adäquate Verurſachung); Verhalten mehrerer Tiere; willkürliches Verhalten des Tieres; Beweislaſt.

b) Dresden 27. 5. 15, OLG. 34, 126. § 833 S. 1 ſetzt keine unmittelbare Einwirkung des Tieres voraus, vielmehr genügt eine urſächlich durchgreifende mittelbare Einwirkung, die auch darin zu finden iſt, daß ein Hund ein anderes Tier angreift oder verfolgt und hierdurch ſchadenbringende Bewegungen des angegriffenen Tieres hervorruft (SeuffA. 69, 317).

3. Tierhalter. a) **RG.** 7. 7. 16, SeuffA. 72, 294 ſ. bereits JDR. 15 Ziff. II 1b und III 2c.

b) **RG.** 8. 1. 17, BayRpflZ. 17, 118, JW. 17, 287, LeipzZ. 17, 803, WarnE. 17, 127. Die bekl. Gemeinde hatte einen Zuchtbullen oder Zuchtſtier angeſchafft, der bei einem Bauern laut Vertrag in deſſen Stall untergebracht und von dieſem gefüttert und gewartet wurde. Durch den Zuchtſtier wurde der Erblaſſer der Kl. getötet. Tierhalter iſt die bekl. Gemeinde. Die Tierhaltereigenſchaft geht nicht dadurch verloren, daß jemand ſich für längere Zeit der unmittelbaren, tatſächlichen Verfügungsgewalt über das Tier entſchlägt. Unternehmer des Betriebes i. S. der RVO. war der Bauer. Der Ausdruck Wirtſchaftsbetrieb, wie er in der Rechtſprechung über den Tierhalterbegriff offenbar gebraucht wird, deckt ſich keineswegs immer mit dem Begriff „Betrieb", wie ihn die Verſicherungsgeſetzgebung gebraucht. — Urteil des BG. (OLG. Stuttgart) WürttJ. 28, 158.

c) Stuttgart 19. 4. 17, R. 17 Nr. 1264. Der Eigentümer haftet, wenn ſein an die Kette gelegter bösartiger Hund im Hof die zum Haus gehende Hilfspoſtbotin anfällt und weder eine Warnungstafel angebracht noch dem Hund ein Maulkorb angelegt iſt.

d) **RG.** 12. 6. 17, R. 17 Nr. 1823. Ein Hausbeſitzer, der einen von einem Familienangehörigen gehaltenen Hund nebenher auch zu Wachzwecken in ſeinem Grundſtück verwendet, wird dadurch nicht Tierhalter oder Mittierhalter.

e) LG. Konſtanz 5. 1. 17, BadRpr. 17, 38. Verletzung eines Beauftragten des Tierhalters durch deſſen Schwein.

III. Abs. 2. 1. **RG.** 25. 9. 16, DJZ. 17, 238, Gruchots Beitr. 61, 312, JW. 17, 38, LeipzZ. 17, 203. Im Gegensatz zu der Haftung aus § 833 S. 1 setzt die aus § 833 S. 2 ein Verschulden des Tierhalters voraus, so allerdings, daß ein solches vermutet wird und daß dieser gesetzl. Vermutung gegenüber der Tierhalter den Nachweis zu führen hat, daß er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (vgl. JW. 11, 762). Die Haftung aus § 833 S. 2 steht in dieser Beziehung der in § 836 geregelten Haftung des Besitzers eines Grundstücks (vgl. JW. 07, 16) durchaus gleich. Daraus, daß es sich um eine Verschuldenshaftung handelt, folgt ohne weiteres, daß die Haftung aus § 833 S. 2 wie die aus § 836 bei schuldunfähigen Personen nicht Platz greift Das gilt nicht nur bei unbedingt Schuldunfähigen (§§ 827, 828 Abs. 1), sondern es sind auch Personen, die das 7. aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, für Schäden, für die sie sonst nach § 833 S. 2 oder nach § 836 haften würden, dann nicht verantwortlich (§ 828 Abs. 2), wenn sie bei der Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten. Dabei kommt grundsätzlich nur eigenes Verschulden wie des Grundstücksbesitzers so auch (vgl. **RG.** 76, 230) des Tierhalters in Betracht. Denn weder haftet auf dem Gebiete der unerl. Handl. — abgesehen von der auf besonderen gesetzgeberischen Gedanken beruhenden Haftung der jur. Personen für die unerl. Handl. ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter (§§ 31, 89 BGB.) — allgemein der Vertretene für die unerl. Handl. seiner gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter (vgl. **RG.** 61, 207; 62, 349; 67, 153, JW. 10, 280) noch ist dem in den Sonderfällen des § 833 S. 2 und des § 836 so. RG. hat für den Fall des § 836 (WarnE. 15 Nr. 283) bereits ausgesprochen, die dort entwickelten Gründe treffen jedoch ganz ebenso für den Fall des § 833 S. 2 zu. Bei gesetzl. vertretenen Personen kommt weiter in Frage (vgl. Mot. II 734 Abs. 1 und WarnE. 14 Nr. 334), ob und inwieweit ein eigenes Verschulden des Tierhalters oder des Grundstücksbesitzers, auch wenn sie schuldfähig sind, bei Schadenszufügung durch Unterlassungen etwa dadurch entfällt, daß die Beaufsichtigung des Haustiers oder die Verwaltung des Grundstücks ihnen entzogen war und dem gesetzl. Vertreter oblag. Der § 833 S. 2 steht dem des § 836 in bezug auf die Frage des Verschuldens und auf die Anwendbarkeit des § 829 gleich.

2. Die Entsch. 60c zu § 276.

3. Erwerbstätigkeit. a) **RG.** 18. 12. 16, JW. 17, 286, LeipzZ. 17, 592. Für die Beurteilung, ob ein Haustier der Erwerbstätigkeit des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, kommt es auf die Umstände des einzelnen Falls an, die von dem bekl. Tierhalter, da § 833 S. 2 eine Ausnahme von dem Regelfall des § 833 S. 1 bildet, darzulegen sind. Entscheidend ist, ob der von dem Bekl. gehaltene Hund in überwiegendem Maße zur Bewachung des Gehöfts des Bekl. im Interesse seines Gewerbebetriebes als Gastwirt und Landwirt nutzbringend verwendet worden ist. Darauf, ob der Hund des Bekl., ein großer Bernhardiner Hund, nach den Eigenschaften seiner Rasse zur Bewachung weniger geeignet war, kann kein erhebliches Gewicht gelegt werden.

b) Dresden 27. 5. 15, OLG. 34, 126. Nicht erforderlich ist, daß das Tier ausschließlich den in § 833 S. 2 hervorgehobenen Zwecken dient. Auch darauf kommt nichts an, daß das Tier gerade im Augenblicke der Schadenszufügung seiner Zweckbestimmung diente, sondern maßgebend bleibt die allgemeine eigentliche Zweckbestimmung, die erkennbar vorwiegende Verwendung zur Zeit der Schadenszufügung.

c) **RG.** 21. 6. 17, LeipzZ. 17, 1177. Ein zur Verwendung in einem Posthaltereibetrieb angeschafftes Pferd dient der Erwerbstätigkeit des Posthalters. Der Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit bleibt auch bestehen, wenn der Posthalter, weil das Pferd für diesen Betrieb weniger geeignet war, sich entschloß, es unter Einstellung dieser Beschäftigung zu verkaufen. Verkauft er das Pferd an einen Reitlehrer und verletzt es durch Ausschlagen diesen, so ist die Haftung begründet.

d) München 3. 4. 16, OLG. 34, 124. Zahmes Rindvieh gehört zu den Haustieren.

Haftung für Weidevieh auf Almen; Üblichkeit der Weide des Viehs in hutloser Weide. Bei dieser in den Alpen üblichen Weideart wird das Vieh ohne eigene Hüter in umzäunter Weide gehalten. Der Tierhalter hat der verkehrserforderlichen Sorgfalt genügt, wenn die Umzäunung lückenlos ist und das schädigende Austreten des Weideviehs verhindert.

e) Kiel 23. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 204. Der Halter eines Deckhengstes haftet nach § 833 S. 2 für den Schaden, der beim Decken einer Stute geschieht. Entschuldigungsbeweis zulässig.

4. Sorgfaltspflicht, Beweispflicht (zu vgl. auch 38 zu § 276).

a) **RG.** 8. 3. 17, WarnE. 17, 213. Zu der von dem Tierhalter zu betätigenden Sorgfalt bei Beaufsichtigung des Tieres gehört es nicht nur, daß er zu einer Wagenfahrt kein ungeeignetes Pferd verwendet (**RG.** JW. 14, 36), sondern auch, daß er zu einer Zeit, wo die Verwendung des an sich geeigneten Pferdes für die Mitfahrenden besondere Gefahren mit sich bringt, hiervon absieht.

b) **RG.** 17. 4. 16, R. 17 Nr. 403. Hat der Bekl. zugegeben, daß er bei den von ihm angewandten Maßnahmen von der Befürchtung ausgegangen sei, sein Pferd könne scheuen, so genügt zur Führung des Entschuldigungsnachweises nicht die Behauptung, das Pferd sei von ruhigem Temperament und habe niemals Neigung zum Scheuen gezeigt.

c) **RG.** 30. 4. 17, R. 17 Nr. 1265. Anbinden eines zum Beschlagen mitzunehmenden dritten Pferdes an der Rückseite des zweispännigen Wagens anstatt neben den Fahrpferden ist keine Verletzung der Sorgfaltspflicht eines kleinen Landwirts.

d) Darmstadt 15. 6. 17, HessRspr. 18, 205. Haftung mangels Führung des Entlastungsbeweises.

§ 836 (zu vgl. auch 48 zu § 276).

1. **RG.** 6. 11. 16, R. 17 Nr. 205. Mangelhafte Unterhaltung liegt auch dann vor, wenn eine künstlerisch ausgeführte Ruhebank, deren Zusammensetzung zwar genügende Sicherheit gegen Unfälle bietet, solange sie Objekt einer Kunstausstellung ist, später zur Benutzung des Publikums in öffentlichen Anlagen aufgestellt wird und hier nicht in dem Zustande erhalten wird, daß Kinder nicht in der Lage sind, die Steinplatten zu lockern.

2. Celle 24. 1. 17, OLG. 34, 127. Keine Haftung des Hauseigentümers bei Loslösung eines vom Mieter angebrachten Firmenschilds.

3. Karlsruhe 1. 4. 14, OLG. 34, 128. Haftung für den Absturz eines Vorfensters. Dieses ist Teil eines Gebäudes i. S. des § 836.

4. **RG.** 1. 5. 16, R. 17 Nr. 104. Ein mit Bindfäden aufgehängtes Firmenschild ist kein Gebäudeteil.

§ 837.

1. **RG.** 1. 5. 16, R. 17 Nr. 405. Der bloß mietweise Besitz eines Gebäudes oder Gebäudeteiles fällt nicht unter § 837 und zwar auch dann nicht, wenn der Mieter die Unterhaltung übernommen hat. Dies genügt nicht, um dem Mieter die Stellung eines dem Eigenbesitzer i. S. des § 836 gleichstehenden Rechtsbesitzers nach § 837 zu geben, und wird auch von **RG.** 59, 8 nicht für ausreichend erachtet. Es ist vielmehr weiter erforderlich, daß der Besitz des Mieters am Gebäude abgesondert von dem Besitz am Grundstück bestehen muß, wie dies dann der Fall ist, wenn der Mieter in Ausübung seines Rechts an dem fremden Grundstück die betreffende Baulichkeit auf dem Grundstück errichtet hat.

2. **RG.** 28. 10. 15, EisenbE. 33, 107 s. bereits JDR. 15 § 837 Ziff. 1.

§ 839.

1. a) de Boor (s. ob. §§ 823ff. Ziff. 1c, 824 Ziff. I 3, 825). Die Vorschriften des § 839 schließen die Anwendung des § 823 aus. Haftung für Rechtswidrigkeit bedeutet etwas völlig anderes für den Privatmann als für den Beamten. Der Ausschluß der allg. Haftung für Rechtswidrigkeit für die Fälle der Amtspflichtverletzung ist das sachlich allein angemessene Ergebnis. Gerade umgekehrt verhält sich die Beamtenhaftung zu der Haftung des § 826. Wenn die vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung schon einen Privatmann ersatzpflichtig macht, so ist sie doppelt tadelnswert, wenn sie von einem Beamten in Ausübung seines Amtes begangen wird. Die Aufrechterhaltung der Haftung aus § 826 neben der Beamtenhaftung ist daher unerläßlich.

b) **RG.** 1. 12. 16, MschutzuWettbew. 16, 194. Verhältnis der §§ 823ff. zu § 839 s. o. § 823 Ziff. I 1b.

2. **RG.** 15. 5. 17; 90, 228, JW. 17, 765. Der Berichtigung nach § 319 ZPO. unterliegen „Unrichtigkeiten, welche in dem Urteil vorkommen“, also insbesondere auch Unrichtigkeiten in der Urteilsformel. Die Sondervorschrift des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB. begreift jede Amtspflichtverletzung „bei dem Urteil in einer Rechtssache“. Schon dieser Wortlaut ergibt, daß die Berichtigung „in dem Urteil“ notwendig eine Amtstätigkeit „bei dem Urteil in einer Rechtssache ist“.

3. Dresden 18. 5. 16, SächsOLG. 38, 131. Der Anspruch aus § 839 steht nur einem solchen Verletzten zu, dem gegenüber eine Amtspflicht bestand, und dementsprechend können auch den in § 844 bestimmten Anspruch nur diejenigen Hinterbliebenen erheben, deren Ernährer gegenüber eine Amtspflicht verletzt wurde. Also nicht jede Körperverletzung oder Tötung, die von einem Soldaten in Ausübung seines Dienstes verursacht worden ist, vermag eine Haftpflicht aus § 839 auszulösen: der Täter muß zu dem Verletzten in ein Verhältnis gekommen sein, das ihm gewisse Pflichten gerade diesem gegenüber auferlegte. — Tötung eines Festgenommenen dadurch, daß das entsicherte Gewehr des transportierenden Soldaten losging. Anwendung des § 839 bejaht — Haftung des Reichs nach dem G. v. 22. 5. 10. — Über den Beweis der Fahrlässigkeit s. o. zu §§ 823ff. Ziff. 3cβ.

4. Josef, GruchotsBeitr. 61, 177. Der § 174 FGG., wonach die Mitwirkenden bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Protokolls zugegen sein müssen, bringt mittelbar zum Ausdrucke, daß der Urkundsbeamte nicht schlechthin und in allen Fällen verpflichtet ist, die diesen Handlungen vorausgehenden Amtshandlungen, nämlich die Erkundung des Willens der Beteiligten und dessen Niederschrift, persönlich zu bewirken; er kann sie in einfacheren Fällen vielmehr durch Dritte, insbesondere durch den Gerichtsschreiber oder den Gehilfen vornehmen lassen. Wenn im gedachten Falle solche Personen durch mangelhafte Erkundung oder Niederschrift des Gewollten oder auch durch arglistiges Verhalten eine Schädigung der Beteiligten herbeiführen, so ist hierfür der Urkundsbeamte nicht auf Grund des § 839 verantwortlich. Denn eine Verletzung der Amtspflicht lag in jener Verweisung der Beteiligten an den Gerichtsschreiber oder den Gehilfen nicht. — Die Frage, ob der Notar in solchem Falle nach § 278 ersatzpflichtig ist, beurteilt sich nach dem Landesrechte.

5. BayObLG. 2. 6. 16, BayObLG. 17, 119. Für die Behauptung, daß der durch fahrlässige Amtspflichtverletzung Geschädigte auf andere Weise Ersatz nicht zu erlangen vermag, ist der Verletzte selbst beweispflichtig. Ist ein Dritter ersatzpflichtig, so wird der Verletzte seiner Verpflichtung, bei ihm Ersatz zu suchen, nicht schon dadurch überhoben, daß der Dritte nicht freiwillig leistet.

6. Buch, Schuld und Haftung 37 (s. o. Ziff. 1 zu § 831). In allen Fällen außervertraglicher Haftung eines übergeordneten Gemeinwesens für seine Organe, sowie der Haftung aus vorliegendem Anstellungsverhältnis oder vorhandener Aufsichtspflicht liegt entweder nur eine Schuld vor, nämlich die des Übergeordneten, oder es liegen zwei inhaltlich übereinstimmende Ersatzschulden vor, die man insgesamt ruhig als Gesamtschuldverhältnis bezeichnen mag. Jedenfalls bietet die Tatsache, daß in solchen Fällen im Innenverhältnis häufig nur der eine Schuldner verpflichtet ist (§ 840 Abs. 2 u. 3),

keinesfalls einen Grund dafür, nun auch nach außen hin den anderen nicht als eigentlichen Schuldner, sondern nur als einen für fremde Schuld Haftenden zu bezeichnen.

7. Verschulden. **RG.** 3. 7. 17; 90, 385. Unter besonderen Umständen kann ein Verschulden des Beamten wegen Überlastung verneint werden; Entschuldigung, daß der Beamte nicht die genaueste Aufmerksamkeit auf die pflichtmäßige Führung des Amtes verwandt habe (§ 88 ALR. II 10). Übersehen des vorgesetzten Beamten, daß ein Kanzleigehilfe unberechtigterweise Schreiblohn gefordert hat.

8. BayObLG. 14. 6. 16, BayObLG. 17, 136. Soweit es sich um die nur aushilfsweise eintretende Haftung des Staates für den Beamten wegen einer diesem zur Last fallenden Fahrlässigkeit handelt, bildet die Behauptung, daß der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermöge, eine Klagevoraussetzung.

9. **RG.** 15. 5. 17, WarnE. 17, 274. Auf die Möglichkeit eines Ersatzes in der Zukunft braucht sich der Ersatzberechtigte selbst dann nicht verweisen zu lassen, wenn der Erfolg einigermaßen wahrscheinlich sein sollte (**RG.** 80, 254).

10. **RG.** 20. 9. 16, GruchotsBeitr. 61, 473, HansGZ. 17 Bbl. 221. Sind mehrere Beamte aus der fahrlässigen Verletzung ihrer Amtspflichten haftbar, so findet § 839 S. 2 eine Anwendung. Die mehreren Beamten haften vielmehr nach § 840 als Gesamtschuldner (**RG.** 51, 262; 85, 411). Es kann nicht etwa der eine Beamte die an sich gegen ihn begründete Haftpflicht unter Berufung auf die Ersatzpflicht des anderen ablehnen.

11. Haftung des Reiches, der Staaten und der Verbände. a) *α*. **RG.** 9. 10. 17, DJZ. 17, 1030. Haftung des Reiches nach d. G. v. 22. 5. 10 wegen Tötens eines Wagenlenkers durch einen Militärposten.

β. Kiel 10. 7. 17, JW. 17, 910, LeipzZ. 17, 1196. Keine Haftung des Reiches, wenn jemand durch die von einem Militärbefehlshaber angeordnete Beschlagnahme Schaden erleidet. Unanwendbarkeit des G. v. 22. 5. 10 in diesem Falle.

b) Hamburg 21. 11. 15, OLG. 34, 136. Haftung des Fiskus für Sprengungen in den Straßen. Haftung des Reichsmilitärfiskus für die durch einen Pionieroffizier vorgenommene Sprengung. Verschulden verneint.

c) Dresden 18. 5. 16, SächsOLG. 38, 131. Haftung des Reichs für einen Soldaten nach dem G. v. 22. 5. 10 s. o. Ziff. 3.

d) München 28. 10. 14, OLG. 34, 137. Haftung des Fiskus bei Vorführung eines Films zur Zensur. Der Film wurde gelegentlich der Vorführung vernichtet. Die Schädigung des Filmeigentümers ist eine in Ausübung öffentl. Gewalt erfolgte. Daher ist eine Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofes erforderlich (bayer. R.).

e) Breslau 23. 10. 16, BreslAK. 17, 7. Schadensersatzanspruch gegen den Justizfiskus wegen unrichtiger Zustellung eines Pfändungsbeschlusses. Fehlen des Kausalzusammenhanges.

f) Königsberg 27. 6. 16, OLG. 34, 387. Keine Haftung des Fiskus nach § 839 und § 1 G. v. 1. 8. 09 für unrichtige Gewichtsfeststellung auf einer Bahnwage.

g) Braunschweig 3. 10. 16, BraunschwZ. 17, 14. Schadensersatzansprüche gegen Staat oder Gemeinde wegen widerrechtlicher Amtshandlungen von Beamten (braunschw. R.). Haftung einer Stadtgemeinde wegen Dienstpflichtverletzungen des Stadtbauamts.

h) **RG.** 2. 3. 17, DJZ. 17, 751, JW. 17, 663. Haftung einer Gemeinde für ein Versehen des Bürgermeisters, wenn dieser eine ungeeignete Person für eine Bahnschutzwache bestimmt. Bei der Auswahl der Wächter ist auf die Interessen derjenigen Rücksicht zu nehmen, die mit ihnen in Berührung kommen. Insofern liegt dem Beamten eine Amtspflicht auch gegenüber dem Kreise dieser Personen ob.

i) **RG.** 3. 11. 16, BayRpflZ. 17, 86, LeipzZ. 17, 599. Haftung einer Stadtgemeinde für das Verschulden eines Turnlehrers. Vgl. unten § 852 Ziff. 5.

k) Breslau 8. 6. 14, OLG. 34, 139. Keine Haftung einer Stadtgemeinde für Unglücksfälle der Mitglieder der städt. Feuerwehr bei Ausübung der ihnen obliegenden Tätigkeit.

l) **RG.** 15. 5. 17, BayRpflZ. 17, 288, JW. 17, 931, LeipzZ. 17, 1345. Haftung einer Gemeinde für polizeiliche Beglaubigung von Unterschriften durch Polizeikommissare nach dem pr. G. v. 1. 8. 09. Abweisung mangels Verschuldens. Beweislast wegen Verschuldens trifft den Kl. Der beglaubigende Beamte muß selbst mit den Beteiligten verhandeln und ihre Persönlichkeit feststellen.

m) **RG.** 16. 10. 17, R. 17 Nr. 2001. Ersatzpflicht einer Gemeinde gegenüber einem städtischen Beamten, wenn sie bei von den allgemeinen Ruhegehaltsgrundsätzen abweichenden Beschlüssen (§ 12 KommBeamtG.) nicht die Genehmigung des Bezirksausschusses eingeholt hat. § 12 ist gerade im Interesse der Gemeindebeamten gegeben.

n) Oldenburg 13. 6. 17, DJZ. 17, 1036. Haftung eines Kommunalverbandes wegen unbefugter Beschlagnahme von Mais.

o) Dresden 24. 10. 13, OLG. 34, 135, Anm. 1a (sächs. R.). Haftung des Amtshauptmanns dafür, daß bei der Pferdemusterung auf dem von ihm bestimmten Platz Unfälle möglichst vermieden werden; bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht haftet nach dem durch EG. Art. 71 aufrecht erhaltenen sächs. Gewohnheitsrecht der Staat für den Schaden.

p) **RG.** 15. 5. 17, WarnE. 17, 274. Haftung des Badischen Staates für Versehen des VormundschaftsG. Eine Fahrlässigkeit des VormG. liegt vor, wenn es die Abhebung von Sparkasseneinlagen und -Zinsen durch den Vormund zuläßt, ohne für sofortige, mündelsichere Anlage zu sorgen.

12. Einzelne Fälle. A. Notare (Ziff. II 2 zu § 611).

B. Schöffenrichter. — Schöffen.

RG. 17. 10. 16; 89, 131, DJZ. 17, 133, JW. 17, 166, SeuffA. 72, 262. Über die Haftung des Staates für den in einem Kollegium stimmenden Richter. Keine Haftung für die Schöffen, da diese keine Staatsbeamten sind. Eine Haftung des Amtsrichters ist nicht schon dadurch gerechtfertigt, weil er Mitglied des den Beschluß erlassenden Schöffengerichts war, sondern nur dann, wenn der gesetzwidrige Beschluß (Verhaftung ohne vorherige Androhung) auf sein Verhalten zurückzuführen ist. Eine Haftung des Kollegiums als solchen oder eine Gesamthaftung aller seiner Mitglieder ist im BGB. nicht genannt. Der Beweis, daß der Beamte überstimmt ist, ist zulässig. Vgl. hierzu Rasch, R. 17, 160.

C. Grundbuchrichter.

a) **RG.** GruchotsBeitr. 61, 473, HansGZ. 17 Bbl. 221. Keine Fahrlässigkeit des Grundbuchrichters, der es unterläßt, eine in einem Kaufvertrage beantragte Eintragung zu bewirken, wenn ihm der beurkundende Notar diesen Vertrag nur als Anlage zu der gleichfalls von ihm beurkundeten Auflassung überreicht und in dem Anschreiben lediglich die Eintragung der Eigentumsänderung beantragt.

b) **RG.** 3. 10. 17, WarnE. 17, 440. Verschulden eines Grundbuchrichters, der den § 42 Abs. 1 S. 1 GO. außer acht gelassen oder gegen die herrschende Ansicht enschieden hat.

c) **RG.** 7. 7. 17, WarnE. 17, 323. Kanzleigehilfe s. u. G.

D. Nachlaß- und Vormundschaftsrichter.

a) Rostock 21. 12. 16, MecklZ. 35, 261. Haftung des Nachlaßrichters für Ausstellung eines unrichtigen Erbscheins. Verschulden verneint, wenn es sich um die irrige Auslegung einer zweideutigen letztwilligen Verfügung handelt.

b) Dresden 22. 5. 17, OLG. 35, 349. Über die Haftung des Vormundschaftsrichters für verzögerte Pflegerbestellung (vorl. verneint).

E. Gerichtsschreiber.

Josef, Über die Haftung des Gerichtsschreibers beim Entwerfen von Verfügungen.

F. Gerichtsvollzieher.

a) Hamm 21. 3. 16, OLG. 34, 132. Haftung eines GV. bei Unterschätzung von Pfandstücken. Hat der GV. nicht die erforderliche Kenntnis zur Abschätzung, so hat er sich bei geeigneten Auskunftspersonen zu erkundigen. Jedenfalls muß er mit derjenigen Sorgfalt verfahren, zu der ein Beamter bei der Erfüllung von Dienstobliegenheiten verpflichtet ist.

b) RG. 21. 11. 16, LeipzZ. 17, 743. Haftpflicht des GV. bei Protesterhebung. Vorliegend Haftung ausgeschlossen, da die den Auftrag erteilende Firma ihre Adresse so undeutlich angegeben hatte, daß eine Verzögerung eingetreten ist und die Ansprüche gegen die Vormänner der Kl. aus dem Wechsel verjährt waren.

c) RG. 18. 1. 17, JW. 17, 540. Haftung des GV. für unrichtige Angaben über den Wert von Mobilien s. § 826 Ziff. 3b.

G. Kanzleigehilfe.

RG. 7. 7. 17, WarnE. 17, 323. Ein Kanzleigehilfe ist kein Grundbuchbeamter i. S. des § 12 GBO. Wenn ein Kanzleigehilfe unter Mißbrauch der während seiner Amtszeit ihm zur Verfügung stehenden Formulare, Siegelpresse und Schwarzdruckpresse HypBriefe fälscht, so trifft den Gerichtsschreiber als Grundbuchbeamten kein Verschulden, etwa wegen Verletzung der Verwahrungspflicht (RG. 66, 111; 81, 133). Die Formulare usw. mußten dem Kanzleigehilfen überlassen werden.

H. Postbeamte.

a) Hamburg 21. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 75. Der Bekl. (Postbeamte) hatte einen von der Ehefrau des Kl. ihm übergebenen, durch Eilboten zu bestellenden Einschreibebrief an den Kl. angenommen, den Posteinlieferungsschein erteilt, es aber unterlassen, den Brief mit einer Einschreibenummer zu bekleben, in das Annahmebuch einzutragen und weiter nachzuweisen. Der Postfiskus hatte 42 M. erstattet, der Bekl. ist gemäß § 839 wegen des Überrestes in Anspruch genommen. Die Haftpflicht des Bekl. nach § 839 Abs. 1 S. 2 ist nicht ausgeschlossen. Daß das Reich aus dem Beförderungsvertrage dem Kl. nur in Höhe von 42 M. haftet, ergibt § 10 des RPostG. Diese Bestimmung ist nach § 6 des G. vom 22. 5. 10. über die Haftung des Reichs für seine Beamten durch dieses Gesetz nicht berührt worden. Der Bekl. haftet dem Kl. und seiner Ehefrau wegen Verletzung seiner Amtspflicht. Eigenes Verschulden der kl. Ehefrau, die einen Brief mit etwa 190 M. nicht mit Wertangabe, sondern als Einschreibebrief aufgegeben hat, liegt nicht vor. Die Sicherheit der Versendung durch Einschreibebrief ist eine solche, daß die Versendung auf dem Wege des Einschreibebriefs an sich keine Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt enthält.

b) Dresden 28. 12. 14, OLG. 34, 130. Haftung eines Postbeamten wegen Verstümmelung einer Depesche. Keine Haftung des Postfiskus, wenn eine Postgehilfin, die die Telegraphenprüfung noch nicht abgelegt hat, bei ihrer Tätigkeit im Telegraphendienst nicht bewacht oder beaufsichtigt wird. Die hierfür bestehende Vorschrift ist eine Ordnungs-Aufsichtsvorschrift, die lediglich im inneren Verhältnis zu den Beamten zu beobachten ist; ihre Nichteinhaltung gibt dem Dritten kein Beschwerderecht.

J. Lehrer (o. § 823 Ziff. I 2b).

a) Steinbrenner. Der Lehrer (in Preußen Volksschullehrer, in den übrigen Bundesstaaten der diesem gleichstehende Lehrer) ist öffentlicher Beamter, und zwar Staatsbeamter, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Seine Handlungen und Unterlassungen, die mit der Erteilung des Unterrichts zusammenhängen, sind solche in Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. von Art. 77 EGBGB. Erwächst aus diesen Handlungen oder Unterlassungen der Schadensersatzanspruch eines Dritten, so haftet an Stelle des Lehrers der öffentliche Verband, dessen Beamter der Lehrer ist, d. h. der Staat, wenn nichts anderes bestimmt ist.

b) RG. 29. 9. 17; 90, 412. Es muß als rechtsirrig abgelehnt werden, daß allgemeinen unbestimmten flüssigen Anordnungen und Übungen des Schulbetriebes beim Eintritt eines eigenartigen, in solcher Gestalt kaum voraussehbaren Unfalls ein bestimmter, starrer Befehlswortlaut untergeschoben und der Lehrer wegen Verstoßes gegen solchen Wortlaut einer Amtspflichtverletzung oder eines sonstigen Verschuldens geziehen werde. Ein Verschulden könnte nur bejaht werden, wenn ein solcher bestimmter Befehlswortlaut vorläge und als unbedingt einzuhaltende starre Vorschrift durch die wirklich praktische Handhabung der Lehrer unzweideutig zum Bewußtsein kommen mußte.

K. Verschiedenes.

a) Colmar 3. 12. 15, ElsLothJZ. 16, 373. Über die Haftung eines Bürgermeisters gegenüber der Gemeinde (ElsLothRecht).

b) Gemeindevorsteher. *α.* **RG.** 2. 11. 16, JW. 17, 219, LeipzZ. 17, 478, SeuffA. 17, 223, WarnE. 17, 382. Ein GemVorst., der bei der Aufnahme eines Nottestaments einen Verstoß gegen die Formvorschrift des § 2249 BGB. begeht, ist nicht ohne weiteres nach § 839 haftbar. Ein Verschulden kann vielmehr durch die besonderen Umstände des Falles ausgeschlossen sein. Es können an einen GemVorst. nicht gleich hohe Anforderungen gestellt werden wie an einen Richter oder Notar, der ein Testament aufnimmt. Einzelne Umstände, aus denen ein Verschulden vorliegend ausgeschlossen ist, werden im einzelnen dargelegt.

β. **RG.** 26. 1. 17, R. 17 Nr. 406, WarnE. 17, 182. Darin, daß der Ortsvorsteher bei der Aufnahme eines Testaments nach § 2249 unterläßt, entgegen dem § 2242 Abs. 1 die Genehmigung des Erblassers im Protokolle festzustellen, liegt nicht notwendigerweise eine Fahrlässigkeit.

γ. **RG.** 2. 3. 17, DJZ. 751, JW. 17, 663, LeipzZ. 17, 980. Der GemVorst., der bei Kriegsausbruch Bahnschutzwachen aufzustellen hat, hat dafür Sorge zu tragen, daß nicht solche Personen als Bahnwachen bestellt werden, die sich zu einem Dienst mit Schußwaffen nicht eignen; er hat bei der Auswahl der Wachen auf die Interessen derjenigen Rücksicht zu nehmen, die mit den aufgestellten Wachen in Berührung kommen können. Amtspflicht diesem Kreise von Personen gegenüber. — Haftung der Gemeinde für den GemVorst. nach dem preuß. Ges. v. 1. 8. 1910 § 4.

δ. Gemeindeorgane als Feuerwehrleiter s. o. § 823 Ziff. 8d (Oertmann).

c) **RG.** 3. 12. 15, SchlHolstAnz. 17, 52. Zwangslotse. Dem Lotsen liegt anderen Schiffen gegenüber, denen er im (Kaiser-Wilhelm-) Kanal begegnet, eine Amtspflicht zur sorgfältigen Führung seines Schiffes ob.

d) Die Entsch. 58 zu § 276.

e) Breslau 6. 1. 12, OLG. 34, 135, Anm. 1b. Beim Herablassen der Schranke befindet sich der Bahnwärter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt; er ist im Interesse des öffentl. Verkehrs kraft der ihm vom Staate verliehenen Gewalt tätig und übt sicherheitspolizeiliche Funktionen aus, indem er den Verkehr unterbricht. Das gleiche gilt für das Beleuchten der Schranken während der Dunkelheit.

f) Hamburg 15. 3. 16, OLG. 34, 181. Haftung von Kriminalbeamten bei Untersuchung von verschlossenen Behältnissen.

g) **RG.** 5. 1. 17, R. 17 Nr. 1266. Nichtbeachtung der unbescheinigten Behauptung eines Betroffenen, eine KriegsVO. sei wieder aufgehoben, bildet in eilbedürftigen Sachen kein Verschulden eines Verwaltungsbeamten.

§ 840.

1. **RG.** 1. 2. 17, R. 17 Nr. 630. Haben zwei Personen unabhängig voneinander durch Fahrlässigkeit einen Schaden verursacht, so haften sie dafür gesamtverbindlich vorbehaltlich des Ausgleichs unter sich; dabei kann § 254 entsprechend zur Anwendung kommen.

2. Die Entsch. 3 zu § 426.

§ 843.

1. **RG.** 5. 1. 16, R. 17 Nr. 1229. Es ist Sache des Ersatzpflichtigen, nachzuweisen, daß der Verletzte einen ihm zuzumutenden anderen Erwerb finden kann. Dieser Nachweis wird nicht durch den Hinweis auf allgemeine Erwerbsmöglichkeiten erbracht, sondern nur dadurch, daß dem Verletzten nach den konkreten, auch nach seiner Person zu beurteilenden wirtschaftlichen Zuständen bestimmte Erwerbszweige offenstehen und von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen ergriffen werden können. Daraus folgt, daß der Ersatzpflichtige die Kosten zu bestreiten und vorzuschießen hat, die für den Verletzten zur Er-

langung eines anderen Berufes und zur Gründung einer anderen Lebensstellung notwendig sind.

2. **RG** 11. 7. 17, LeipzZ. 17, 1172, R. 17 Nr. 1631. Einem Verletzten kann als Entschädigung für Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit für eine Reihe von Jahren eine Rente, für die Folgezeit eine Abfindung zugesprochen werden. Die Vorschrift des § 843 Abs. 3 sieht eine solche Teilung nicht vor, schließt sie aber auch nicht aus. Sie ist im Interesse des Verletzten gegeben, weshalb eine Abfindung auch nur auf sein Verlangen bewilligt werden kann. Das Interesse des Verletzten kann aber auch sehr wohl dahin gehen, nach anfänglicher Rente eine Abfindung zu erhalten.

3. Karlsruhe 10. 12. 13, OLG. 34, 140 Anm. 1. Für die Zuerkennung und Bemessung einer Rente nach § 843 kommt es nicht ausschließlich darauf an, welchen Erwerb der Verletzte vor dem Unfall tatsächlich gehabt hat, entscheidend ist vielmehr, welchen Erwerb er ohne die Verletzung durch Ausnutzung seiner Erwerbsfähigkeit voraussichtlich und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge gezogen hätte.

4. **RG.** 19. 3. 17, SeuffA. 72, 311. Über Minderung der einer Verletzten zugesprochenen Unfallrente, wenn sie sich später verheiratet.

5. Posen 6. 7. 17, PosMSchr. 17, 64. Die vom Ehemann wegen Erwerbsverminderung der Frau aus einem Unfall eingeleitete Feststellungsklage umfaßt den Anspruch der Ehefrau nur, soweit er bis zum Tode des Mannes in Frage kam. Dem von der Ehefrau nach dem Tode des Mannes geltend gemachten Anspruch auf eine Rente wegen der nunmehr nach dem Tode des Mannes eingetretenen Erwerbsverminderung steht die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen. Dem von der Ehefrau erhobenen Anspruche gegenüber kann aber die Einrede der Verjährung nicht erhoben werden. Die Rentenentschädigung des § 843 ist eine einheitliche, die im Vorprozesse getroffene Feststellung unterbricht die Verjährung auch für spätere Erweiterung von Rentenansprüchen.

6. **RG.** 19. 4. 17, vgl. Ziff. Va zu § 249.

§ 844.

1. Hamburg 16. 5. 17, HansGZ. 17 Beibl. 208, R. 17, 370 Nr. 748. Die Rente aus § 844 Abs. 2 dient dem Ersatz von Schäden (**RG.** 55, 30). Der Schaden wird nicht dadurch von selbst beseitigt, daß die durch den Tod ihres Mannes geschädigte Frau sich wieder verheiratet. Eine staatliche Witwenpension wird allerdings auf die Schadensrente angerechnet, da insoweit ein Schadensausgleich stattfindet, aber die Wiederverheiratung ist ein neuer selbständiger Umstand, der zwar durch den Tod des Mannes ermöglicht, aber nicht wie die Witwenpension herbeigeführt wird. Wohl aber kommt die Wiederverheiratung als ein Umstand in Betracht, der den Schaden der Kl. vermindert. Eine günstige Wiederheirat kann sogar den Schaden der Ehefrau, den sie durch den Tod ihres Mannes und Ernährers erlitten hat, ganz ausgleichen. Dabei kommt es nur darauf an, ob der zweite Ehegatte tatsächlich imstande ist, der Frau denselben Unterhalt zu gewähren, wie der erste Mann.

2. **RG.** 14. 5. 17; 90, 226, JW. 17, 813, LeipzZ. 17, 854. Die den Unterhaltsberechtigten zu leistende Rente ist von vornherein auf die mutmaßliche Lebensdauer des getöteten Unterhaltspflichtigen zeitlich begrenzt. Dieser Zeitpunkt allein ist für die Dauer der Rente maßgebend und muß vom Gericht gemäß § 287 ZPO. ermittelt werden. Es ist grundsätzlich verfehlt, die Rente unter Zugrundelegung der Lebensdauer des Unterhaltsberechtigten zeitlich zu begrenzen mit der Erwägung, daß der unterhaltspflichtige Getötete vermutlich ebensolange gelebt haben würde, wie der Unterhaltsberechtigte, der die Rente begehrt. Damit würde in Wirklichkeit die Rente nicht auf den im Gesetz bestimmten Zeitpunkt begrenzt, sondern auf die ungewisse Lebensdauer des Berechtigten zugesprochen.

3. **RG.** 19. 7. 17, R. 17 Nr. 1826, WarnE. 17, 425. Auf den Ersatzanspruch aus § 844 Abs. 2 ist der aus einer Lebensversicherung etwa anfallende Vermögensvorteil nicht anzurechnen.

4. **RG.** 14. 5. 17 R. 17, Nr. 1633. Erbschaftserwerb, z. B. eines Bauernguts, der

wegen entgangenen Unterhaltes klagenden Kinder ist auch dann bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen, wenn die Erbschaft zunächst einem Mitkl. und erst nach dessen Ableben den übrigen Mitkl. zugefallen ist. Maßgebend bleibt, daß sie den Hof nicht geerbt hätten, wenn beim Ableben des Mitkl. der durch Verschulden des Bekl. getötete Vater noch gelebt hätte.

§ 845.

1. **RG.** 20. 3. 16, R. 17 Nr. 285. Schadensersatz für Anstellung eines Dienstmädchens kann nicht nach dem HaftpflG., sondern nur nach § 845 verlangt werden. Die Ehefrau kann diesen Anspruch mit Zustimmung des Ehemannes geltend machen, muß aber auf Zahlung an den Ehemann klagen. Der Zusatz in der Parteibezeichnung der Kl. „im Beistande des Ehemannes" ist nach dem gegenwärtig geltenden bürgerlichen Recht an sich wesenlos. Er soll anscheinend bedeuten, daß die Ehefrau mit Zustimmung des Ehemannes klage (vgl. **RG.** 60, 85). Wenn die Ehefrau einen Anspruch geltend macht, der an und für sich dem Ehemanne zusteht, so würde die der Ehefrau die Klageberechtigung gebende Zustimmung richtigerweise in den Klagevortrag gehören. Immerhin wird, da angenommen werden darf, daß der Zusatz nicht ohne Zweck und Bedeutung sein soll, die Klageberechtigung der Frau daraus entnommen und der Zusatz als Ersatz des Vorbringens angesehen werden können. Aber auch dann wird die Entscheidung klarstellen müssen, daß es sich hier um einen Anspruch des Ehemannes und um eine Leistung an diesen handelt.

2. **RG.** 19. 3. 17, JW. 17, 655. Der Schadensersatzanspruch einer verheirateten Frau wegen Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit infolge einer Körperverletzung kann beim Güterstande der Fahrnisgemeinschaft von jedem der Ehegatten im vollen Betrage geltend gemacht werden, da der Anspruch ungeteilt in die gemeinschaftliche Masse fällt.

3. **RG.** 2. 1. 17, LeipzZ. 17, 657. Kl., die auf einer Bahnfahrt einen Betriebsunfall erlitt, verlangte vom Bahnunternehmer Schadensers. insbes. Schmerzensgeld und aus dem ihr abgetretenen Rechte ihres Mannes eine Rente wegen Wegfalls ihrer Dienste im Hausstande des Mannes (§ 845). Diese Ansprüche gehen über den Umfang derjenigen Schadensersatzverpflichtung hinaus, die das HaftpflG. dem Bahnunternehmer auferlegt; sie können auch nicht aus dem Beförderungsvertrage, sondern nur aus den Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handl. begründet werden.

4. Dresden 6. 12. 15, OLG. 35, 111. Auf Renten aus § 845 findet § 708 Nr. 6 ZPO. keine Anwendung.

5. Stuttgart 21. 12. 15, EisenbE. 33, 216 s. bereits JDR. 15 § 845 Ziff. 3.

§ 847.

1. Hamburg 4. 3. 16, OLG. 34, 140. Es steht nichts im Wege, den Anspruch aus § 847 im Vergleichswege durch Vereinbarung einer Rentenzahlung zu erledigen. Dann bleibt die Rente Schadensersatz aus unerl. Handl. und wird nicht zur Leibrente. Bestätigt durch **RG.** 19. 12. 16, JW. 17, 285.

2. **RG.** 4. 12. 16, WarnE. 17, 143. Das Schmerzensgeld kann für gewisse Zeiträume und in Teilbeträgen zugesprochen werden.

3. **RG.** 20. 3. 17, JW. 17, 711, LeipzZ. 17, 1326. Der Schmerzensgeldanspruch der Ehefrau kann beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung als zum eingebrachten Vermögen der Ehefrau gehörend vom Ehemann geltend gemacht werden (hierzu Anm. von Opet, JW. 17, 711).

4. München 5. 3. 15, OLG. 34, 140. Schmerzensgeld des Versicherten für die ersten 13 Wochen (LUVG. § 146 Abs. 3).

5. **RG.** 10. 1. 16, EisenbE. 33, 217 s. bereits JDR. 15 Ziff. 4.

§ 852.

1. Finger über Verjährung des Unterlassungsanspruchs v. §§ 823ff. Ziff. 1b.

2. **RG.** 30. 9. 16, GruchotsBeitr. 61, 316, JW. 17, 39, LeipzZ. 17, 204. Der bloße

Fortbestand des schädigenden Zustandes ohne weiteres Zutun des Schädigers enthält keine Fortsetzung oder Wiederholung der unerl. Handl. RG. hat am 29. Okt. 1907 (JW. 07, 382) mit Recht ausgespr., daß auch durch die Fortdauer des Besitzes der durch eine unerl. Handl. erlangten Sache bei dem Schädiger der Beginn und die Vollendung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus § 852 nicht gehindert wird (vgl. **RG.** 23, 258). Es handelt sich in solchen Fällen lediglich um fortdauernde Folgen einer einmal begangenen H. Daß aber die Verjährung das ganze Recht ergreift, einschl. der bei Erlangung der Kenntnis von dem Schaden und der Person des Schädigers durch den Beschädigten noch nicht eingetretenen, aber voraussehbaren und deshalb durch Erhebung einer Feststellungsklage geltend zu machenden schädlichen Folgen, hat RG. in Anschluß an die Rechtspr. des Pr. OTrib. in ständiger Rechtspr. angenommen. (Vgl. außer dem o. angef. Urt. RG. 27. 3. 16 VI 440/15 und die früheren Urt. des gleichen Senats bei WarnE. 12 Nr. 432; 13, Nr. 143.)

3. **RG.** 24. 5. 17, R. 17 Nr. 1634. Die Kenntnis vom Schaden muß soweit reichen, daß sie die Unterlage für die Anstellung einer Klage bietet, wobei jedoch die Möglichkeit der Erhebung einer Feststellungsklage genügt.

4. **RG.** 29. 1. 17, R. 17, 631, 632, 633. Die Verjährung der Schadensansprüche der Gläubiger wegen sittenwidriger Knebelverträge beginnt mit der Kenntnis von diesen Verträgen, nicht erst mit der Abweisung der Anfechtungsklage des Konkursverwalters. Ist die Ersatzklage gegen einen Gläubiger wegen sittenwidrigen Sicherungserwerbs verjährt, so ist kein Raum für eine Bereicherungsklage mehr. Zinsansprüche zu bereits rechtskräftig in der Hauptsache zuerkanntem Schadensersatz verjähren nur nach §§ 197, 201 BGB.

5 a) **RG.** 3. 11. 16, BayRpflZ. 17, 86, LeipzZ. 17, 599. Kenntnis von der Person des Täters. Ein Rechtsirrtum über die Kenntnis von der Person des Schädigers ist unschädlich. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Rechtsirrtum und tatsächlichem Irrtum, und das Kennenmüssen ist dem Kennen in § 852 nicht gleichgestellt (vgl. **RG.** 76, 61). Vgl. o. § 839 Ziff. 000.

b) **RG.** 27. 3. 16, EisenbE. 33, 330 s. bereits JDR. 15 § 852 Ziff. 2c.

6. **RG.** 6. 3. 16, EisenbE. 33, 324 s. bereits JDR. 15 § 852 Ziff. 1d.

7. **RG.** 30. 9. 16, EisenbE. 33, 431 s. bereits JDR. 15 § 852 Ziff. 1b.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Vorbemerkung: Der tief eindringenden Fuchsschen Schrift über die Grundbegriffe des Sachenrechts, die bei den einzelnen Paragraphen im Selbstbericht eingereiht wird, sei hier ein für allemale gedacht; insbesondere müssen die Untersuchungen zum Wesen des dinglichen Rechts, der Vormerkung und der Hypothek hervorgehoben werden.

Vor § 854.

*Fuchs 12ff. Im Sachenrechte des BGB. besteht eine Unstimmigkeit von Form und Inhalt. System und Terminologie passen nicht zu dem materiellen Inhalt der einzelnen dogmatischen Bestimmungen. Der Sachbegriff ist zu eng, weil er nur auf körperliche Sachen abgestellt ist, und der Sachenrechtsbegriff ist zu eng, weil eine Reihe absoluter Vermögensrechte nicht Sachenrechte sind, obwohl sie den anerkannten Sachenrechten völlig gleichwertig sind. Sachbegriff und Sachenrechtsbegriffe decken sich nicht, weil Sachen i. S. des Gesetzes nur körperliche Gegenstände sind, Gegenstand eines Sachenrechts (Nießbrauch, Pfandrecht) auch ein Recht, Vermögen sein kann (§§ 1068, 1085, 1273). Sache i. S. des dinglichen Vertrages ist nicht bloß die körperliche Sache, sondern auch die Forderung, das Recht, ja sogar dessen Rang (153). Die „materialistische und atomistische Auffassung" der Sache ist der Niederschlag eines falschen romanistischen Dinglichkeitsbegriffes (vgl. oben zu § 90).

Den Gattungsbegriff der dinglichen Rechte können wir um so weniger entbehren, als die übrigen Reichsjustizgesetze (ZPO., KO., HGB.) trotz

ihrer Neuredaktion nicht durchweg auf die Terminologie des BGB. abgestellt sind, die Redaktoren haben offenbar dingliches Recht und Recht an der Sache für identisch gehalten. Die KO. spricht beim Aussonderungsrecht in § 44 von dem „dinglichen Recht", die ZPO. in § 24 von einer „dinglichen Belastung", im § 266 bei der res litigiosa von einer „Verpflichtung, die auf einem Grundstücke ruhen soll", das HGB. im § 366 bei der Veräußerung im Betriebe des Handelsgewerbes von dem Erlöschen der Rechte, mit denen eine Sache „belastet" ist. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß in allen diesen Fällen nicht bloß an die Rechte gedacht ist, die im BGB. als Sachenrechte, Belastungen aufgeführt sind, sondern an die sog. dinglichen Rechte. Es wird also auch der väterliche und ehemännliche Nießbrauch ein dingliches Recht i. S. des § 24 ZPO., eine auf dem Grundstück ruhende Verpflichtung i. S. des § 266 ZPO., Belastung i. S. des § 366 Abs. 2 HGB. sein.

Das Wesen des dinglichen Rechts besteht nicht in der unmittelbaren, körperlichen, gegnerlosen Herrschaft, nicht in der Verneinung einer positiven Leistungspflicht, sondern in der Absolutheit des Klageschutzes. Ist Dinglichkeit nicht körperliche Sachbeherrschung, dann ist der Satz, daß dingliche Rechte nur an körperlichen Dingen nicht an Sachgesamtheiten und Rechten stattfinden können, falsch. Dingliche Rechte sind alle absoluten Vermögensrechte, die teils an körperlichen Sachen, teils an Inbegriffen und Rechten bestehen, auch wenn sie nicht im BGB. Sachenrechte genannt werden (Vormerkung, Miete und Pacht, Lizenzen usw.).

Erster Abschnitt. Besitz.

§ 854.

*Fuchs. Für den Besitzerwerb gilt das Bestimmtheitsprinzip nicht in seiner Starrheit. § 1085 ist nicht dahin aufzufassen, daß der Besitz an jeder einzelnen beweglichen Sache besonders übergeben werden muß (JW. 16, 1117). Wenn verkaufte oder versteigerte Bibliotheken, Tuchlager usw. übergeben worden sind, wird sicherlich auch der Erwerber ohne ausdrückliche Abtretung des Herausgabeanspruchs mit der Übergabe des Inbegriffs den Besitz derjenigen Bände, Tuchballen usw. erlangen, die sich beim Buchbinder, Appreteur befinden, ausgeliehen, als Muster versandt sind usw. Immer entscheiden die Umstände des einzelnen Falles, die Verkehrsauffassung.

§§ 858, 861.

Posen 4. 7. 17, PosMSchr. 17, 62. Bekl. hatte das dem Kl. verpachtete Land einem Dritten verpachtet, der es in Pachtbesitz genommen hat. Für die Besitzentziehungsklage ist Bekl. nicht passiv legitimiert, er hat dem Kl. nicht mittels verbotener Eigenmacht den Besitz entzogen. Durch den Rechtsakt der Weiterverpachtung allein verlor Kl. den Besitz nicht. Darin, daß der neue Pächter das Pachtland in Besitz nahm, liegt keine verbotene Eigenmacht des Bekl.; denn jener nahm Besitz im eigenen Interesse, nicht im Auftrag des Bekl. Bekl. behielt nur, was er schon hatte, den mittelbaren Besitz des Pachtgrundstücks.

§ 865.

LG. Gießen 4. 6. 17, HessRspr. 17, 196 nimmt mit der herrsch. Meinung (SeuffA. 67, 228, Biermann, Staudinger) an, daß Besitzerwerb an ungetrennten Bodenerzeugnissen nur möglich ist, wenn dem Erwerber ein besonderes Gewaltverhältnis an den Erzeugnissen eingeräumt wird und die ungehinderte Einwirkung auf Grund und Boden zusteht, wie sie die Ausnutzung eines solchen Sonderbesitzes erfordert.

§ 868.

*RG. 12. 5. 17, R. 17 Nr. 1420. Das Verhältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer braucht nicht auf eine von vornherein bestimmte Zeitdauer abgestellt zu sein; nur ein unbeschränkt dauerndes Besitzrecht darf nicht vorliegen.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Einigung und Eintragung werden außer von Fuchs auch von Du Chesne eingehend untersucht. Auch das RG. hat sich in einigen, Neues allerdings kaum bringenden Entscheidungen mit ihnen beschäftigt. — Wieder hat sich das RG. und auch das KG., dieses in einer Reihe von Entscheidungen, mit der Frage befaßt, inwieweit nach § 874 eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig ist. Eine verspätet wiedergegebene Entscheidung des KG. aus dem Jahre 1914, die für die Eintragung des Rangvorbehalts aus § 881 die Bezugnahme verbietet, ist durch eine später gefaßte, aber früher wiedergegebene Entscheidung aus dem Jahre 1915 überholt. Im allgemeinen zeigt sich das Bestreben zuweitgehender Bezugnahme entgegenzutreten. Die praktisch sehr wichtige Frage der Rechtsverhältnisse bei der Eintragung von Rechten mit einem Rang, der nicht den Parteivereinbarungen entspricht, behandelt eingehend Kretschmar. — Zur Vorrangseinräumung des § 880 sind zwei wichtige Entsch. des KG. zu vermerken. Auch auf dem Gebiet der Vormerkung haben RG. und KG. bemerkenswerte Sprüche veröffentlicht. Das RG. hat sich über den Begriff des vormerkbaren Rechts, KG. und RG. haben sich über den Inhalt der Auflassungvormerkung im besonderen ausgesprochen. Zu § 885 bekämpft Du Chesne, von seiner schon wiederholt dargelegten Auffassung der grundbuchlichen Eintragungsbewilligung aus, die Entsch. des KG. vom 14. 5. 14, wonach für die Eintragung einer Vormerkung lediglich die einseitige Eintragungsbewilligung maßgebend sei, während es auf die Einigung der Parteien nicht ankomme. Die Ausführungen Du Chesnes klingen bestechend, sie haben aber jetzt auch die Gegnerschaft des RG. gefunden, das sich völlig auf des KG.s Standpunkt gestellt hat. Zu § 891 und 892 bietet die obergerichtliche Rechtsprechung wenig Neues. Nur eine in die amtliche Sammlung aufgenommene Entsch. des RG. zu § 892 Abs. 2 verdient hervorgehoben zu werden. Zu § 894 hat das KG. den Berichtigungsanspruch gegen unberechtigte Löschung eines Widerspruchs versagt; über die Begründung wird sich streiten lassen, zumal das RG. gegen unberechtigte Eintragung von Widersprüchen den Berichtigungsanspruch hat durchgreifen lassen.

Schrifttum: Leopold, Die Veränderungen des Eigentums an Grundstücken in Preußen und ihre Fortschreibung im Kataster unter besonderer Berücksichtigung des Wassergesetzes vom 13. 4. 1916. Liebenwerda 1916. — Oberneck, Rechtsprechung und Schrifttum im Grundbuchrecht, DNotV. 17, 52.

§ 873.

I. Wein, Abbaurechte, BayRpflZ. 17, 309 bespricht die Rechtsverhältnisse der Mineralien, welche in Bayern dem Berggesetz nicht unterworfen sind. Für sie kommen, da landesrechtliche Vorschriften nicht vorhanden sind, die Regeln des BGB. in Frage. Die Rechte an den Mineralien unterliegen bei Abbau auf eigenem Grundstück den Regeln über das Eigentum gemäß § 905 BGB. Abbaurechte auf fremdem Grundstück können obligatorisch eingeräumt werden [Pachtvertrag, Kauf, Sacheinlage in eine Gesellschaft], sie können auch mit dinglicher Kraft geschaffen werden [Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Nießbrauch]. Im einzelnen werden dann besprochen: die Frage des Eigentumerwerbs an den Mineralien, Entgeltlichkeit, die zeitliche Geltung der Abbaurechte, ihre Übertragbarkeit, die Möglichkeit, mit Abbaurechten Sicherheit zu leisten, die Frage, in welche Gesellschaftsformen das Abbauunternehmen gekleidet werden kann, und endlich die Übergangsvorschriften.

II. 1. Nicht eintragbare Rechte. a) KG. 18. 4. 16, KGJ. 49, 195. Der Verzicht auf Bergschadensersatz ist rein schuldrechtlicher Natur (**RG.** JW. 01, 374) und deshalb nicht eintragungsfähig [ebenso BayObLG., R. 03, 430].

b) KG. 10. 7. 16, KGJ. 49, 207. Die aus §§ 1638, 1651 BGB. getroffene Bestimmung, daß ein dingliches Recht eines Minderjährigen der Verwaltung oder Nutznießung des Vaters entzogen sein soll, ist als dem Familien- und nicht dem Sachenrecht angehörig, der Eintragung entzogen [RJA. 3, 161].

2. **RG.** 3. 2. 17; 89, 367, LeipzZ. 17, 593, R. 17 Nr. 634. Die dingliche Einigung erfordert auf die Entstehung oder Veränderung eines dinglichen Rechts gerichtete übereinstimmende Willenserklärungen des Berechtigten und des anderen Teils, welche die Natur von Vertragserklärungen haben, und daher vom einen Teile dem anderen gegenüber abzugeben sind. Sie ist also ein zwischen zwei Personen miteinander abzuschließendes Rechts-

geschäft, das als solches unter § 181 BGB. fällt. Hieran ändert nichts, daß nach formalem Grundbuchrecht zur Eintragung ins Grundbuch die einseitige Bewilligung des Grundstückseigentümers genügen kann.

3. **RG.** 21. 10. 16; 89, 32. Zur Gültigkeit der Hypothekenbestellung war es nicht notwendig, daß die nach § 873 erforderliche Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger der Eintragung voranging; es genügte auch, wenn sie der Eintragung nachfolgte (JW. 05, 290; 12, 296).

4. *Fuchs. a) Daß die Einigung mit begrifflicher Notwendigkeit abstrakt sei, daher begrifflich nicht sittenwidrig sein könne, wird durch § 138 Abs. 2 widerlegt, wonach nicht bloß das wucherliche Versprechen, sondern auch das wucherliche Gewähren nichtig, weil sittenwidrig ist (**RG.** 57, 97, JW. 06, 1363; 13, 540). Begriffe mit Ausnahmen sind wertlos.

b) Daß die Einigung dort, wo sie nach gesetzlicher Vorschrift von einem realen Momente begleitet sein muß, ohne dieses reale Moment ein unvollständiges Vertragselement, ein inhalts- und bedeutungsloser Akt ist, ist nicht zuzugeben. Weder ist der Modus Teil oder Form der Einigung (Einigungselement), noch die Einigung Teil oder Form des Modus (Moduselement). Beide sind Elemente eines Gesamtrechtsaktes, aber selbständige koordinierte Elemente; jedes äußert ohne das andere eigene rechtliche Wirkungen. Übergabe ohne Eigentumseinigung schafft Besitz und seine Wirkungen, Eintragung ohne Einigung die Rechtsvermutung des § 891; Einigung ohne Modus kann bindend, leistungsbewirkend, Verfügungshandlung, anspruchserzeugend sein.

c) Ist die Einigung bindend geworden und sind die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen ordnungsgemäß abgegeben, so ist im Liegenschaftsrecht die Leistungshandlung der Partei abgeschlossen. Allerdings ist die dingliche Rechtsänderung (Verfügung) selbst noch nicht eingetreten, solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist. Aber die Eintragung ist nicht rechtsgeschäftlicher Natur, und deshalb gehört sie nicht zu den Begriffsmerkmalen der rechtsgeschäftlichen Verfügungshandlung. Was die Parteien leisten können, ist geleistet; im Sinne des § 878 haben sie verfügt, d. h. die Verfügungshandlung vorgenommen (170). Ist bereits die bindende Einigung in diesem Sinne eine Verfügung, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung annimmt, dann muß man folgerichtig auch in diesem Augenblicke, wo die Einigung bindend geworden ist, und jedenfalls dann, wo auch noch der Eintragungsantrag gestellt ist, die Leistung als i. S. der §§ 518 Abs. 2, 812 Abs. 2 bewirkt ansehen. Denn was an der Leistung noch fehlt, damit die dingliche Rechtsänderung vollzogen, die Verfügung getroffen ist, haben nicht die Parteien, sondern hat der Grundbuchrichter durch die Eintragung zu bewirken.

Für die bindende Einigung des Fahrnisrechts gilt das nicht; denn wenn sie auch begrifflich von der liegenschaftsrechtlichen Einigung nicht verschieden ist, so steht sie doch zur Übergabe in einer anderen Beziehung als die Einigung zur Eintragung. Die Übergabe ist rechtsgeschäftlicher Akt und deshalb ebenso Parteileistungshandlung wie die Einigung. Im Fahrnisrecht kann deshalb die Einigung ohne Übergabe nie als Bewirkung der Leistung gelten, sondern immer nur als ein Leistungselement. Im Fahrnisverkehr gilt als Leistung nur die Zusammenwirkung von Einigung und Übergabe, im Liegenschaftsrecht schon die bindende Einigung dann, wenn sie dadurch herbeigeführt ist, daß der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der GBO. entsprechende Eintragungsbewilligung erteilt hat (160).

5. Du Chesne, Wirkungsarten und Formen der Eintragungsbewilligung, R. 17, 578, bespricht am Beispiel der Hypothekenbestellung die Wirkung der Eintragungsbewilligung insbesondere ihr Verhältnis zur Einigung. Der Wille eine Hypothek zu bestellen kann mit Sicherheit daraus geschlossen werden, daß der Schuldner zu ihrer Eintragung mitwirkt; diese Mitwirkung besteht in der Bewilligung der Eintragung. Aus der bloßen Erklärung allein läßt sich noch kein genügender Schluß auf den Einigungswillen ziehen, hinzu treten muß, daß die Bewilligung dem Berechtigten in einer Weise zugänglich gemacht wird, die ihm die Herbeiführung der sofortigen Eintragung von sich aus ermöglicht.

Es bedarf also nicht nur der urkundlichen Erklärung, sondern außerdem der Überlassung der Urkunde von dem Berechtigten.

§ 874.

1. **RG.** 6. 12. 16; 89, 152, LeipzZ. 17, 188, R. 17 Nr. 207 (vgl. zu § 878 u. Ziff. 6 zu § 892). Auch wenn § 874 auf den Fall, daß die Verfügungsbeschränkung das Eigentum an einem Grundstück betrifft, entsprechend anzuwenden wäre, würde daraus nur zu folgern sein, daß „zur näheren Bezeichnung des Inhalts" der Beschränkung die Bezugnahme zulässig wäre. Bei einem Veräußerungsverbot aber, das den Schutz bestimmter Personen bezweckt, gehören die geschützten Personen überhaupt nicht zum „Inhalt" des Verbots, sondern sie sind Wesensbestandteil, sie geben das notwendige Kennzeichen für die Art des erlassenen Verbots, nämlich eines sog. relativen Veräußerungsverbots i. S. des § 135 BGB. Deshalb müssen bei der Eintragung eines solchen Verbots jedenfalls die geschützten Personen im Grundbuch selbst bezeichnet werden; fehlt die Bezeichnung, so ist die Eintragung wegen des Mangels eines wesentlichen Eintragungserfordernisses unwirksam (JW. 00, 572 Nr. 21).

2. KG. 14. 5. 14, OLG. 34, 229ff., 231. Der Rangvorbehalt gemäß § 881 kann nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden. → Abweichend KG. 17. 6. 15, JDR. 15 zu § 881. ←

3. KG. 30. 11. 16, KGJ. 49, 187, OLG. 34, 226. Die Verlängerung des Nießbrauchs durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist unzulässig. Der Beschluß vom 14. 2. 14 (R. 14 Nr. 2454, JDR. 13, 72) hat grundsätzlich ausgesprochen, daß Befristungen und auflösende Bedingungen eines Erbbaurechts nicht mit zum Inhalte des Rechts gehörten, es sich dabei vielmehr um eine dem Rechte selbst hinzugefügte Beschränkung handle, die der unmittelbaren Eintragung bedürftig sei. An diesem Grundsatze muß der Senat, wenn er auch nicht verkennt, daß im einzelnen Falle nach den Zwecken der §§ 874, 877 die Bezugnahme wünschenswert erscheinen kann, um so mehr festhalten, als auch das RG. (70, 249) auf ihm zu stehen scheint. Dabei kann die Streitfrage, ob die Bedingung oder Befristung eine Verfügungsbeschränkung zugunsten des durch die Erfüllung der Bedingung oder den Eintritt der Frist gewinnenden Teils im Sinne des § 892 Satz 2 BGB. begründet, wie Predari (S. 95, 353) und Biermann (§ 892 [3a]) annehmen, oder ob es sich dabei um eine absolut wirkende Begrenzung des Rechts handelt, wie Güthe (245 Vorb. 80) und Kretzschmar (Sachenrecht § 892 [11]) meinen, unerörtert gelassen werden. Denn nimmt man ersteres an, so ergibt sich die Notwendigkeit der Eintragung der Bedingung (Frist) aus § 892 S. 2 (Planck, BGB. § 874 [4]). Nimmt man aber andererseits an, daß es sich dabei um eine absolut wirkende Beschränkung des Rechts handelt, so bedarf es der Miteintragung der Bedingung (Frist), um denjenigen, der durch Rechtsgeschäft ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte erwirbt, gegenüber dem Glauben des Grundbuchs zu schützen (§ 892 Satz 1). Bei jeder der beiden Annahmen ist danach die Eintragung der Bedingung (Frist) notwendig und muß unmittelbar durch Einschreibung erfolgen, weil jedenfalls die Gesamtheit der Befugnisse des Berechtigten bedingt (befristet) ist.

4. **RG.** 29. 6. 16, KGJ. 49, 211. Wird neben der Hypothek die Verpflichtung des Schuldners in das Grundbuch eingetragen, im Falle vorzeitiger Fälligkeit eine in Hundertteilen des Kapitals und nach dem Umfange der Vorverlegung zu berechnende Entschädigung zu zahlen, so handelt es sich um eine Nebenleistung i. S. des § 1115 BGB. Es muß deshalb ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden. Zur Berechnung dieses Geldbetrages ist im vorliegenden Fall auch die Angabe des für den Regelfall bestimmten Fälligkeitstermins notwendig; betreffs seiner ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der Eintragungsbewilligung unzulässig.

§ 875.

Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts, ABürgR. 42, 296ff, 308/9. Es ist kein Vertrag, wenn der Begünstigte beim Grundbuchamt, dem die Verzichtserklärung

vom Verzichtenden zugegangen ist, den Löschungsantrag stellt, oder wenn er die Löschungsbewilligung, die ihm zugegangen ist, mit Löschungsantrag dem Grundbuchamt vorlegt. Die Eintragungsbewilligung ist kein materielles Rechtsgeschäft, sondern eine verfahrensmäßige Verfügung, ihre Benutzung ist nicht konkludente Annahme eines Vertragsantrags, sondern Verfahrenshandlung.

§§ 876, 877.

Mayer, Ist die Zustimmung der Hypothekgläubiger am Erbbaurecht erforderlich zu dessen Verlängerung? BayRpflZ. 17, 214. Die Frage ist zu bejahen, da durch die Verlängerung des Erbbaurechts das auf ihr ruhende Recht des Hypothekars „berührt" wird. Da das Hinausschieben des Erlöschens eines Erbbaurechts eine stärkere Belastung des Grundstücks ist, wird dasselbe in der Zwangsversteigerung nur schwerer, insbes. zu niederem Preis einen Ersteher finden. Folglich werden die im Rang dem Erbbaurecht nachstehenden Berechtigten vom Betreiben der Versteigerung abgehalten, mithin bleibt — mangels Aufnahme ins geringste Gebot — das Erbbaurecht nicht bestehen. Ein das geringste Gebot überschießendes Meistgebot wird aus gleichem Grunde nicht zu erzielen sein, so daß daher das Haftungsobjekt des Erbbaurechtshypothekars, der Versteigerungserlös, vermindert wird oder ganz ausfällt.

§ 878.

RG. 6. 12. 16; 89, 152, LeipzZ. 17, 390, R. 17 Nr. 268 (vgl. Ziff. 1 zu § 874 u. Ziff. 6 zu § 892). § 878 bestimmt für den Fall des Vorliegens der bezüglichen Voraussetzungen die Einflußlosigkeit nachträglicher Verfügungsbeschränkungen auf die Wirksamkeit der zu rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen erforderlichen Einigungs- und Aufgabeerklärungen gemäß §§ 873, 875, 877, durch welche der Berechtigte über das Grundstück oder das Recht, das von der Rechtsänderung betroffen werden soll, verfügt. Ist der Erklärende überhaupt nicht Berechtigter bezügl. des Grundstücks oder des Rechts, über das er durch die Erklärung verfügt, so ist die Erklärung von vornherein unwirksam. Für einen solchen Fall hat § 878 keine Bedeutung. Daß die Erklärung durch die nachträgliche Verfügungsbeschränkung unwirksam werde, kann gar nicht in Frage kommen, wenn die Erklärung mangels Berechtigung des Erklärenden schon vorher unwirksam war.

§§ 879 ff.

Kretzschmar, Die Rechtsverhältnisse bei der Eintragung von Rechten mit einem Rang, der nicht den von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen entspricht, ZBlFG. 17, 141. Der Rang des Grundstücksrechts gehört nicht zu seinem Inhalt; dieser erschöpft sich in den Befugnissen, die das Recht seinem Inhaber gegenüber dem Grundstückseigentümer und jedem Dritten verleiht. Der Rang bedeutet das Verhältnis, das unter mehreren Belastungen besteht und sich darin äußert, daß das im Range bessere Recht bei seiner Ausübung dem im Rang schlechteren vorgeht. Gehörte der Rang des Rechts zu seinem Inhalt, so hätte es der §§ 880, 883 nicht bedurft. Gehört der Rang nicht zum Inhalt, so bildet die Vereinbarung der Beteiligten über den Rang eines zu bestellenden Rechts keinen Bestandteil der dinglichen Einigung, sondern nur einen Teil des Kausalgeschäfts. Durch Eintragung abredewidrigen Ranges wird das GB. nicht unrichtig; der Gläubiger hat keinen Berichtigungsanspruch, sondern nur den Anspruch aus dem Kausalgeschäft.

§ 879.

Busch, Zum Recht der Hypothekenschuldurkunde, ZBlFG. 17, 329, 336. Die Verpflichtung des Eigentümers gegenüber einem Hypothekar, diesem den ersten Rang im Grundbuch zu verschaffen, ist einer selbständigen Eintragung im Grundbuch nicht fähig (**RG.** ZBlFG. 13, 42); sie hat nur schuldrechtliche Wirkung und kann ausschließlich durch Vormerkung gesichert werden (**RG.** ZBlFG. 14, 60, OLG. 26, 183).

§ 880.

1. KG. 23. 10. 16, DJZ. 17, 139. Die Vorrangseinräumung einer Hypothek, die zwar auf den Briefen, nicht aber im Grundbuch vermerkt ist, wirkt nicht dinglich (§§ 880, 1151); sie hat aber schuldrechtliche Wirkungen ausgelöst, nämlich die Verpflichtung des Zurücktretenden, bei etwaiger Inanspruchnahme des Versteigerungserlöses aus dem zur Zwangsversteigerung kommenden Grundstück mit seiner Forderung hinter die Vorrangshypothek zurückzutreten. Der Zessionar der zurücktretenden Hypothek, der nach § 398 BGB. mit dem Erwerb der der Hypothek zugrundeliegenden Forderung an die Stelle des Zedenten getreten ist, ist auch gegenüber dem Inhaber der Vorrangshypothek in die schuldrechtliche Verpflichtung eingetreten. Der Schutz des § 892 kommt ihm nicht zugut; denn einmal kannte er den wahren Sachverhalt aus der Abtretungsurkunde, und sodann hätte ihm auch der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs nichts genützt, da er gemäß § 1140 den Inhalt des Briefs gegen sich gelten lassen mußte.

2. **RG.** 27. 4. 16, KGJ. 49, 200, OLG. 35, 325. Auf Grund der Gläubigeranfechtung hat ein vorstehender Grundschuldgläubiger unter Anerkennung der Anfechtung dem nachstehenden Hypothekengläubiger den Vorrang eingeräumt. Die Eintragung ist mangels Zustimmung des Grundstückseigentümers unzulässig (880 Abs. 2). Eine bloße Berichtigung einer Unrichtigkeit des Grundbuches liegt nicht vor. Durch die Anfechtung, welche nicht dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung hat, ist eine Rangänderung selbst dann nicht eingetreten, wenn die Anfechtung durch rechtskräftiges Urteil für berechtigt erklärt wird.

3. Grundbuchamt Wallstadt 23. 9. 16, BadNotZ. 16, 134. Ein Vorerbe kann eine Hypothek auf das zur Vorerbschaft gehörige Grundstück „mit Rang vor dem Nacherbenvermerk" nicht bewilligen, jedenfalls nicht ohne Zustimmung der Nacherben. — Eine Rangänderung zwischen Hypothek und Nacherbenvermerk ist begrifflich ausgeschlossen, da die Rangänderung nur zwischen zwei das Grundstück belastenden Rechten zulässig, der Nacherbenvermerk als Verfügungsbeschränkung aber kein solches Recht ist. Ferner fehlt es an der in § 880 Abs. 2 geforderten Einigung zwischen zurück- und vortretenden Berechtigten, da der Antrag nicht auch von den Nacherben gestellt ist.

4. *Fuchs 170. Faßt man die Rangänderung als einen teilweisen Verzicht oder als Belastung der vorstehenden Post zugunsten der vortretenden auf, so ist der Untergang des Vorrangs bei gesetzlicher Aufhebung der ersteren zwar in einfacher Weise erklärt. Unaufgeklärt aber bleibt, wie bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung die vortretende Post den Vorrang, also positive absolute Rechte gegen Dritte behält. Die Rangänderung des BGB. hält die Mitte zwischen der obligatio in rem scripta des preußischen Rechts und der schlechthin dinglichen Rangänderung des 1. Entw. Sie ist dingliche Rechtsänderung i. S. von absoluter Verpflichtung des Zurücktretenden und aller seiner Rechtsnachfolger, auch des Eigentümers, nicht dinglich i. S. einer objektiven Zustandsänderung. Hier decken sich die Begriffe dinglich und absolut nicht vollständig. Ist auch die Rangänderung des BGB. nach der allgemeinen Auffassung ein sachenrechtliches Geschäft, dann zeigt sich, daß auch der Tatbestand des heutigen Sachenrechtsbegriffs schon durch absolute Verpflichtungen nicht erst durch Sacheigenschaft, Sachzustände erfüllt wird.

§ 883.

1. **RG.** 16. 12. 16, LeipzZ. 17, 804, R. 17 Nr. 209, 210, ZBlFG 17, 215. Soweit es sich um Belastung eines Grundstücks handelt, kann Gegenstand der Vormerkung nur ein solcher Anspruch sein, der auf Gewährung eines eintragungsfähigen Rechts am Grundstück gerichtet ist und seine Erfüllung in der endgültigen Eintragung des Rechts im Grundbuch findet (**RG.** 55, 273; 56, 15; 60, 425). Daher kann ein bloßer Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrags nicht durch Eintragung einer Vormerkung auf ein dem Schuldner gehöriges Grundstück gesichert werden; die Sicherung eines solchen Anspruchs kann vielmehr nur durch Eintragung einer Hypothek erfolgen, sei es auf Grund einer Einigung mit dem Grundstückseigentümer, sei es im Wege der Arrestvollziehung nach § 932 ZPO. Anderer-

seits ist zur Eintragung einer Vormerkung auf eine Hypothek nicht die wörtliche Bezeichnung des Anspruchs als eines solchen auf Einräumung einer Hypothek erforderlich, sofern nur aus der Eintragung (Eintragung in Abtl. III, Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, Angabe des Höchstbetrags der Forderung) ersichtlich ist, daß es sich um einen derartigen Anspruch handelt.

2. KG. 14. 5. 14, OLG. 34, 229. Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rangänderung ist auch zulässig zugunsten des Gläubigers einer noch nicht eingetragenen Post (KGJ. 34, 243) oder für den Eigentümer (KGJ. 31, 321); immer aber bedarf es der Angabe und der Bezeichnung des Berechtigten.

3. KG. 21. 9. 16, OLG. 34, 228. Der von einer Auflassungsvormerkung betroffene Grundstücksteil braucht nicht nach Maßgabe entsprechender Katastermaterialien bezeichnet zu werden. Das Wesen jener Vormerkung als eines vorläufigen Rechtsbehelfs, der den endgültigen Eigentumsübergang sicherstellen soll, erfordert es gerade, sie von Beibringung unter Umständen nur schwer zu beschaffender Unterlagen zu befreien. Es ist deshalb nur nötig, das betroffene Gelände nach Lage und Größe so genau zu bezeichnen, daß jeder Beteiligte ersehen kann, was bei Verwirklichung des vorgemerkten Rechts aus dem Bestand des Grundbuchblatts ausscheidet. Was dazu erforderlich ist, wird nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sein.

4. **RG.** 6. 10. 17, GruchotsBeitr. 62, 117 fordert ebenfalls mindestens Bestimmbarkeit des von der Auflassungsvormerkung betroffenen Grundstückteils.

5. LG. Kiel 16. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 131. Die Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Fideikommißbehörde ist vom Grundbuchamt mit Recht für unzulässig erachtet worden. Wie bei jeder grundbuchlichen Eintragung, so kommt auch bei der Vormerkung als Berechtigter nur eine natürliche oder eine juristische Person in Betracht, nicht aber sonstige rechtliche Gebilde und Personenmehrheiten, die sich diesen beiden Begriffen nicht unterordnen lassen. Insbesondere kann eine Behörde, wenn sie lediglich eine verwaltungsrechtliche Einrichtung darstellt, als solche nicht Träger dinglicher Rechte sein und daher auch nicht als Berechtigter im Grundbuch eingetragen werden (vgl. Güthe, GBO. Anm. 11 zu § 4 der Allg. Verf. vom 20. 11. 1899). Das OLG. Kiel ist aber weder eine natürliche, noch eine juristische Person, sondern lediglich eine Verwaltungseinrichtung. Eine Vormerkung zu seinen Gunsten ist daher nicht eintragungsfähig.

6. *Fuchs. Will man mit der höchstrichterl. Rechtspr. die Vormerkung als ein Sicherungsmittel dinglichen Rechts definieren, so hat das nur einen Sinn, wenn man sie unter eins der gesetzlich anerkannten und gesetzlich geregelten Sicherungsmittel einrangiert; denn nur diese haben eine Dogmatik, die sich für die Lücken der Vormerkungslehre verwenden läßt. Die Angliederung an die Sicherungshypothek kann nicht alle Arten der Vormerkung, z. B. nicht die Vormerkung zur Löschung eines Vorkaufsrechts erklären. Vor allem ist zu beachten, daß alle Konstruktionen der Vormerkung als besondere akzessorische Belastung (Sicherungshypothek, Arresthypothek usw.) unfruchtbar sind, weil sie die Wandlung unerklärt lassen, die der Anspruch selber erleidet. Die Vormerkung qualifiziert den Anspruch; sie stattet ihn mit eigenartigen Wirkungen aus, die sonst nur den dinglichen Ansprüchen zukommen. Die Eintragung schafft das endgültige dingliche Recht, die Vormerkung das unentwickelte, im Schwebezustand befindliche, bedingte Recht. Die Vormerkung ist ein Modus, der den Anspruch verdinglicht und aus ihm dasjenige dingliche Recht macht, das sie sichern soll. Macht die endgültige Eintragung Dinglichkeit, so macht die Vormerkung bedingte Dinglichkeit. Wenn der vorgemerkte Anspruch auch nicht völlig wesensgleich mit dem bedingten dinglichen Recht ist, so hat er doch so gut wie alle Wirkungen desselben. Die Vormerkung wirkt wie bedingtes Eigentum, bedingte Belastung, bedingte Änderung, bedingte Aufhebung. Sie untersteht den sachenrechtl. Normen nicht nur, soweit das Gesetz ausdrücklich auf diese verweist, sondern soweit das Gesetz nicht ausdrücklich im Wege steht.

§ 885.

1. KG. 14. 5. 14 (vgl. JDR. 13, Ziff. I zu § 885) jetzt auch OLG. 34, 229ff., bes. 233; vgl. auch Ziff. 2 zu § 883.

2. **RG.** 6. 10. 17, GruchotsBeitr. 62, 117. Maßgebend für die Eintragung einer Vormerkung, mithin auch der Auflassungsvormerkung, ist gemäß § 885, vom Falle der einstweiligen Verfügung, der hier nicht vorliegt, abgesehen, allein die Eintragungsbewilligung, und diese stellt die einseitige Erklärung des von der Vormerkung Betroffenen dar. Eine Einigung zwischen dem Betroffenen und dem anderen, dessen Anspruch durch die Vormerkung geschützt werden soll (§ 883), setzt das Gesetz dagegen, im Gegensatze zum Falle der Eintragung einer Rechtsänderung (§ 873) bei der Vormerkung, nicht voraus. Der klare Wortlaut des Gesetzes (§ 885) läßt hierüber keinen Zweifel. Daraus folgt, daß die etwaige Einigung hier überhaupt keine rechtlich bedeutsame Rolle spielt, und daß sonach bei der Frage, ob eine eingetragene Vormerkung auf einer Grundlage beruht, die ihr Rechtswirksamkeit zu verleihen mag, gerade auf die Eintragungsbewilligung zurückgegangen werden muß, und daß andererseits ein wesentlicher Mangel in der Eintragungsbewilligung durch das etwaige Vorhandensein einer (hier überhaupt belanglosen) Einigung zwischen den beiden beteiligten Teilen in keinem Falle geheilt werden kann.

3. Du Chesne, Wirkungsarten und Form der Eintragungsbewilligung, R. 17, 578 führt gegen KG. 14. 5. 14 (KGJ. 46, 200 — JDR. 13 I 1 —) aus: die Ansicht des KG., daß die Eintragungsbewilligung für eine Vormerkung formlos erfolgen kann, ist unrichtig. Daraus, daß § 885 im Gegensatz zu § 873 Abs. 2 nicht von „einer den Vorschriften der GBO. entsprechenden" Eintragungsbewilligung spricht, läßt sich nichts herleiten; denn diese Abweichung läßt sich auch als eine dem Wunsch nach Kürze entsprungene Weglassung von etwas Selbstverständlichem verstehen. Zu Unrecht nimmt ferner das KG. an, daß die Bewilligung einer Vormerkung ein materiellrechtliches Erfordernis ist, das die Einigung entbehrlich macht; sie ist trotz ihrer Stellung im BGB. eine rein verfahrensrechtliche Handlung. Es liegt kein Grund vor, gerade bei der Vormerkung den Grundsatz des Grundbuchverfahrens zu durchbrechen, daß alle bewilligten Eintragungen auf urkundlicher Grundlage ruhen müssen.

§ 888.

RG. 21. 4. 17, R. 17 Nr. 1060. Verlangt der Vormerkungsberechtigte von dem Erwerber die Zustimmung zur Eintragung des vorgemerkten Rechts, so kann der Erwerber, selbst wenn der Veräußerer bereits rechtskräftig zur Bewilligung der Eintragung verurteilt ist, sich der materiellrechtlichen Einreden aus dem persönlichen, der Vormerkung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bedienen.

§ 891.

Hamburg 22. 12. 16, HansGZ. 17 Beibl. 86. Nach § 891 begründet die Eintragung eines Rechts nur eine Vermutung für sein Bestehen. Die Einwendung, die Grunddienstbarkeit sei nur durch ein Versehen zu Lasten des ganzen Grundstücks eingetragen, in Wirklichkeit sei eine Einigung über die Entstehung der Grunddienstbarkeit nur hinsichtlich eines bestimmten Teils des belasteten Grundstücks erfolgt, ist daher beachtlich.

§ 892.

1. BayObLG. 4. 7. 16 — vgl. JDR. 15 Ziff. 2a — jetzt auch BayObLG. 17, 161.

2. **RG.** 7. 7. 17; 90, 395, R. 17 Nr. 1635. Rechtshandlungen i. S. des § 892, die im Vertrauen auf die Richtigkeit des GB. getätigt sind, genießen Schutz auch gegen persönliche, z. B. Schadensersatzansprüche des nicht eingetragenen Berechtigten. Fahrlässige Unkenntnis der Unrichtigkeit steht der Kenntnis nicht gleich.

3. Kiel 6. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 158. Der Erwerb einer Hypothek durch den Pflichtteilsberechtigten zur Befriedigung wegen seines Pflichtteils ist rechtsgeschäftlicher Erwerb, nicht Erwerb unmittelbar kraft Gesetzes; denn der Pflichtteilsberechtigte hat lediglich einen

schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung eines der Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils entsprechenden Geldbetrages gegen den Nachlaß.

4. Kiel 6. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 158. Um dem Erwerber einer Bordellhypothek den bösen Glauben i. S. des § 892 nachzuweisen, genügt es nicht darzutun, daß er gewußt hat, das Grundstück sei ein Bordellgrundstück gewesen; der Erwerber mußte sich vielmehr dessen bewußt gewesen sein, daß gerade auch der Bordellbetrieb Gegenstand des Kaufs gewesen, und daß mit Rücksicht darauf der Kaufpreis wesentlich höher bemessen ist. Mangels eines dahingehenden Nachweises ist die Hypothek in den Händen des Erwerbers zu einer vollgültigen geworden, deren Wirksamkeit selbst durch den bösen Glauben eines späteren Erwerbers nicht mehr erschüttert werden kann.

5. Stuttgart 17. 11. 16, LeipzZ. 17, 1011, WürttJ. 16, 162. Die Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher in der Zwangsversteigerung, die für den Fall der Richtigkeit einer im geringsten Gebot berücksichtigten Hypothek bestellt ist (§§ 50 Abs. 1, 125 Abs. 2, 128 ZVG.), wirkt nicht als Eintragung eines Widerspruchs i. S. des § 892 gegen die nichtige Hypothek. Abgesehen davon, daß beim Eintrag einer solchen Sicherheitshypothek die formellen Voraussetzungen des § 899 Abs. 2 nicht eingehalten sind, handelt es sich bei ihm überhaupt nicht um eine die angeblich nichtige Hypothek betreffende Eintragung, sondern um den selbständigen Eintrag eines besonderen Rechts am Grundstück, der auf jene Hypothek nur mittelbar insofern Bezug hat, als seine Wirksamkeit durch deren Nichtbestehen bedingt ist.

6. **RG.** 6. 12. 16; 89, 152, LeipzZ. 17, 391, R. 17 Nr. 211—214. (Vgl. Ziff. 1 zu § 874 u. zu § 878.) Die von der II. Komm. zugunsten des Erwerbers eingeführte Vorschrift des § 892 Abs. 2 Halbs. 1 (Prot. III, 80) hat die Tragweite, daß es dem Erwerber, auf dessen Gutgläubigkeit z. Z. der Eintragung, durch die er erwirbt, es für die Rechtswirksamkeit des Erwerbes nach der Regel ankäme, im Falle seiner Gutgläubigkeit z. Z. der der Einigung nachfolgenden Stellung des Antrags auf Eintragung nicht schaden soll, wenn er in der Zwischenzeit bis zur Eintragung erfährt, daß sein im GB. eingetr. Rechtsurheber nicht der Berechtigte oder doch zu der btr. Verfügung nicht befugt ist, er vielmehr, wiewohl seine Gutgläubigkeit vor der Eintragung aufgehört hat, doch den Schutz des öff. Glaubens des GB. für seinen Erwerb in Anspruch nehmen kann (**RG.** 74, 420). Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift ist hiernach, daß der Rechtsurheber, wenigstens wenn er nur im Falle seiner Eintragung im GB. Berechtigter sein könnte, z. Z. der Stellung des Eintragungsantrags im GB. als Berechtigter eingetragen ist. Wenn der Rechtsurheber zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags gar nicht als Berechtigter im GB. eingetragen steht, kann überhaupt nicht davon die Rede sein, daß der Erwerber zu dieser Zeit in gutem Glauben an die Richtigkeit des GB. hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsurhebers ist; denn das GB. enthält davon, daß der Rechtsurheber Berechtigter sei, nichts, sein Inhalt umfaßt die Berechtigung des Rechtsurhebers nicht. Daher spricht sein Inhalt sogar gegen das Bestehen der Berechtigung (**RG.** 74, 420, 421; 86, 355).

Handelt es sich um die Bösgläubigkeit des zweiten Erwerbers einer unter Veräußerungsverbot stehenden Hypothek, so ist der Beweis auf die Kenntnis zu richten, daß sein Rechtsvorgänger das gegen dessen Vorgänger ergangene Verbot beim Erwerb gekannt habe (**RG.** 78, 33, JW. 06, 226). Soll der Hypothekenbrief durch das Grundbuchamt dem Erwerber ausgehändigt werden, so schadet letzterem die Kenntnis des Grundbuchamts von einem inzwischen gegen den Vorgänger des Veräußerers ergangenen Veräußerungsverbot nicht. Das nämliche gilt, wenn der Veräußerer an Stelle des Erwerbers vor dessen Kenntnis den Brief ausgehändigt erhält. In beiden Fällen mangelt es an der Vertretereigenschaft im Sinne des § 166 Abs. 1 BGB. Maßgebend für den guten Glauben ist der Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs. Als solcher kommt bei Bestellung einer Briefhypothek die Aushändigung des Briefes durch das Grundbuchamt an den Gläubiger, nicht der Auftrag an dieses Amt zur Aushändigung in Betracht. Anders nur, wenn eine

Vereinbarung zwischen Hypothekbesteller und Gläubiger i. S. des § 1117 Abs. 2 BGB. vorangegangen ist.

7. Kataster und Grundbuch. Buch, Die Bestandsangaben des Grundbuchs, GruchotsBeitr. 61, 432. Die den Grundstücksumfang betreffenden Katasterangaben stehen, wenn das Grundbuch auf das Kataster verweist, unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. — Für die Grundstücksbegrenzung ist nicht die Katasterkarte, sondern sind Messungszahlen nachweisende Urkunden maßgebend, nach welchen die Katasterkarte anzufertigen oder bei ihrer Fortführung abzuändern war. Für alle übrigen Katasterangaben, insonderheit auch für die Flächeninhaltsangabe, welche für das Auffsuchen von Grenzlinien nicht maßgebend ist, kommt der öffentl. Glaube nicht in Betracht. Diese Angaben vermögen, da alle Angaben des Grundbuchs als bekannt gelten, den Glauben an die Richtigkeit des Parzellennachweises zu entkräften, wenn sie in einem für den Laien erkennbaren Widerspruch zu dem Parzellennachweise stehen. Verweist das Grundbuch nicht auf Vermessungsergebnisse, oder sind die Vermessungsergebnisse so schlecht, daß nach ihnen keine Grenzlinien in der Örtlichkeit abgesteckt werden können, dann steht weder das Eigentum noch das Pfandrecht unter dem öffentl. Glauben.

§ 893.

RG. 7. 7. 17; 90, 395, R. 17 Nr. 1636. Verfügung i. S. des § 893 ist auch die Verleihung der Rechtsmacht an einen anderen, seinerseits über den Gegenstand zu verfügen, z. B. die in einem Parzellierungsvertrag erteilte Vollmacht, durch die der Bevollmächtigte zur Einräumung des Besitz- und Nutzungsrechts an die Käufer der Trennstücke ermächtigt wird. Diese vertraglich eingeräumte Rechtsmacht ist bei Fortbestehen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch ohne ausdrückliche Bestimmung unwiderruflich.

§ 894.

1. KG. 28. 5. 16 — vgl. JDR. 15 Ziff. 3 — auch OLG. 34, 169.

2. KG. 3. 6. 16, KGJ. 49, 179, PosMSchr. 16, 124. Durch Löschung eines Widerspruchs kann das Grundbuch nicht unrichtig werden; dies könnte nur dann der Fall sein, wenn der Widerspruch trotz der Löschung bestehen geblieben ist, und sofern er als ein Recht am Grundstück angesehen werden kann. An beiden Voraussetzungen fehlt es. -> An beiden? An der zweiten wohl nicht, denn gegen Eintragung von Widersprüchen gewährt das RG. den Berichtigungsanspruch, weil ein belastungsähnliches Recht am Grundstück vorliegt. JDR. 15 Ziff. 2 zu § 894. <- Der Widerspruch ist kein dingl. Recht, sondern lediglich eine Schutzeintragung für ein dingl. Recht, die verhindern soll, daß dieses Recht durch gutgläubigen Erwerb des entgegenstehenden eingetragenen Rechts verloren oder beeinträchtigt wird. Dieses Schutzmittel ist des Fortbestandes außerhalb des Grundbuchs nicht fähig, es ist derart an die Eintragung gebunden, daß mit der Löschung auch seine materiellen Rechtswirkungen aufhören. Ob die Löschung rechtmäßig erfolgte oder nicht, macht keinen Unterschied; auch durch die unrechtmäßige Löschung erlischt der Widerspruch (ebenso wie die Vormerkung, KGJ. 43, 209 ff.). Die Anwendung des § 894 entfällt danach (streitig!), auch für eine von einzelnen befürwortete entspr. Anwendung fehlt es an der zwingenden Notwendigkeit wie an der erforderlichen gesetzl. Grundlage.

3. Kretzschmar, Eintragung eines vom Gericht angeordneten Veräußerungsverbots ins Grundbuch. DNotV. 17, 349 vertritt unter Berufung auf Planck (4) II b zu § 894 gegen Du Chesne, DNotV. 17, 205 die Ansicht, daß, entgegen dem Wortlaut des § 894, nicht nur die Löschung, sondern die Eintragung einer bereits bestehenden Verfügungsbeschränkung eine Berichtigung i. S. des § 894 darstellt. Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, ergibt § 22 Abs. 1 S. 2 GBO., wonach zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung (oder Löschung) einer Verfügungsbeschränkung die Einwilligung des Betroffenen bei Nachweis der Unrichtigkeit nicht erforderlich ist.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Vorbemerkung: Im Nachbarrecht finden sich wieder zahlreiche Rechtsprüche zu § 906, die alle in bekannten Gleisen wandeln. Zum Recht der Kommunmauer sind mehrere Entscheidungen ergangen, aus denen sich ergibt, daß der alte Zwiespalt zwischen den bayer. Obergerichten einerseits und den rhein. und sächs. andererseits noch nicht ausgetragen ist. — Die Frage, ob bei Auseinandersetzung des Gesamtgutes nach Auflösung der Gütergemeinschaft der Ehegatte, der ein Grundstück aus dem Gesamtgut sich zu Alleineigentum übereignen läßt, hierzu der Auflassung bedarf, hat das bayer. OLG. mit eingehender Begründung bejaht. Sehr reich ist die Rechtspr. zu den §§ 929ff. BGB. Hingewiesen sei insbesondere auf die ausführliche Entsch. des OLG. Hamburg, welche zutreffend ausführt, daß eine Übereignung von Sachen des Mannes auf die Frau bei Belassung in der Ehewohnung weder nach § 929 noch 930 erfolgen kann. Der Entsch., durch die mancher unlauteren Schiebung Einhalt getan würde, ist weitere Verbreitung zu wünschen. Sehr weit geht das RG. bei der Bejahung der Gültigkeit einer Veräußerung versteigerter Sachen durch den Gerichtsvollzieher (zu § 930 Z. 1). Die Sicherungsübereignung hat eine monographische Behandlung durch Marck gefunden. Seiner grundlegenden Konstruktion, daß die Übereignung regelmäßig als unter der auflösenden Bedingung der Schuldtilgung vereinbart gilt, wird zuzustimmen sein. Die einzelnen Entscheidungen aus dem Gebiete der Sicherungsübereignung bieten wenig Neues. In der Zulassung der Veräußerung eines Warenlagers geht das RG. außerordentlich weit, man darf wohl sagen, zu weit. Der in seiner Entsch. vom 5. 12. 16 gebilligte Anschluß der äußeren Erkennbarkeit einer solchen Veräußerung wird der Rechtssicherheit nicht förderlich sein. In klarer und grundlegender Darlegung hat das RG. in einer, in die amtliche Sammlung aufgenommenen Entscheidung die einzelnen Fälle des § 934 besprochen. Auf dem selten behandelten Gebiet des Fischereirechts hat zu § 958 von Brünneck eine interessante Darlegung gegeben. Bekannt geworden ist die Entsch. des OLG. Hamburg über die Beziehungen zwischen dem Finder einer Sache und der Polizeibehörde, an die er sie abliefert. Der Entsch. wird rückhaltlos zuzustimmen sein. Die Eigentumsfreiheitsklage des § 1004 ist vom RG. wiederholt behandelt worden.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

§ 904.

RG. 29. 4. 16; 88, 211, vgl. zu § 228.

§ 905.

München 18. 3. 16, OLG. 34, 171. Der Überhang der Grenzmauer des Bekl. ragt in einer Weite von 5½—13 cm und in einer Höhe von 2,60 m über der Erdoberfläche in den Luftraum des klägerischen Grundstücks herein. Eine derartige Eigentumsstörung brauchen die Kl. nicht zu dulden. Der Ausnahmefall des § 905 Satz 2 ist bei der Höhe des Übergangs noch nicht gegeben. Da die Gutachten der Sachverständigen über die Standfestigkeit der Mauer auseinandergehen, und andererseits schon eine nur geringe Einsturzmöglichkeit das Interesse der Kl. an der Beseitigung des Überhangs rechtfertigt, ist die Klage begründet. Auf § 912 kann sich der Bekl. nicht berufen. Denn wenn diese Vorschrift an sich auch Ausbauchungen von Gebäuden über der Erdoberfläche einbegreift — vgl. JDR. 15, Ziff. 2 zu § 912 —, so ist eine alleinstehende Hof- und Gartenmauer kein solches Gebäude.

§ 906.

I. Wesentlichkeit der Beeinträchtigung (vgl. JDR. 15 Ziff. I).

1. **RG.** 26. 9. 17, R. 17 Nr. 1828/9 verneint die Wesentlichkeit der Störung, wenn die Erschütterungen eines Straßenbahnbetriebs zur Vergrößerung der Risse des ohnehin alten und baufälligen Hauses nur unerheblich beitragen.

2. **RG.** 4. 6. 17, LeipzZ. 17, 1344. Durch § 906 wird auch eine nach Inbetriebnahme der gefährdenden Kleinbahn erfolgte Änderung der Nutzung des Grundstücks (Gehöft statt Acker) geschützt (RGR. Anm. 9 zu § 906).

II. Ortsüblichkeit (JDR. 13 Ziff. I, 14 Ziff. 2—6, 15 Ziff. II

1. **RG.** 15. 4. 16, JDR. 15 Ziff. II 6, auch HansGZ. 17 Bbl. 108.
2. **RG.** 18. 3. 16, JDR. 15 Ziff. II 5, auch SeuffA. 72, 19.

3. **RG.** 24. 3. 17, LeipzZ. 17, 854, R. 17 Nr. 1063, WarnE. 17, 385. Tatbestand: Übermäßiges Gänsegeschnatter. — Das RG. hat stets daran festgehalten, daß die Benutzung, die die beschwerende Einwirkung herbeiführt, mit der Benutzung der zur Vergleichung in Frage kommenden Grundstücke gleich oder doch im wesentl. gleichartig sein muß, d. h. daß diese wesentl. Gleichartigkeit für die Zuführungen gilt, so daß, wenn als Grund des Anspruchs Lärm geltend gemacht wird, dies nicht damit abgewehrt werden kann, daß andere Betriebe in der zum Vergleich herangezogenen Umgebung üble Gerüche entwickeln (JW. 10, 941, WarnE. 10 Nr. 446, 12 Nr. 215, DJZ. 14, 994).

4. **RG.** 26. 9. 17, R. 17 Nr. 1830. Aufwirbeln von Staub durch Straßenbahnbetrieb ist eine gewöhnliche, also zu duldende Einwirkung.

5. Hamburg 24. 2. 16, OLG. 34, 173. Tatbestand: Gerüche durch Sauerkohlbereitung. — Das Gutachten des P. ist sachentsprechend. Es war insbesondere richtig, die Wirkungen des in jener Stadtgegend in größerem Umfange einzigen Betriebes des Bekl. mit entsprechenden Wirkungen anderer Betriebe zu vergleichen. Alle wesentlichen, die Benutzung eines Grundstückes beeinträchtigenden Geruchswirkungen fallen unter § 906, gleichgültig von welchen Betrieben sie herrühren und welcher Art sie sind. Wenn tatsächlich in der dortigen Stadtgegend nur zwei Betriebe bestehen, die wesentlich beeinträchtigende Geruchseinwirkungen zur Folge haben, so hat der Sachverständige mit Recht angenommen, daß diese Einwirkungen nach den örtl. Verhältnissen ungewöhnlich sind. Es mag diese Feststellung für den Bekl. eine Härte bedeuten. Aber nach dem Gesetze kommt es bei derartigen Nachbarverhältnissen nicht auf die zeitliche Rangfolge, sondern nur darauf an, ob die Benutzung des Grundstücks zurzeit nach den örtl. Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Ein inmitten einer vollbebauten Stadtgegend vorgenommener Betrieb kann aber nicht schon deshalb als dort gewöhnlich erachtet werden, weil er seit langer Zeit unangefochten besteht. Dabei mag die Frage, welche Gestaltung der Staat für die Stadtgegend wünscht, unerörtert bleiben; die zukünftige Beschaffenheit eines Stadtteiles ist keineswegs mit dem Normalzustand in der Gegenwart notwendig identisch. Ob endlich aus technischen Gründen Einrichtungen zur Beseitigung der Geruchswirkungen möglich sind, bedarf keiner Prüfung, da der dingliche Anspruch des Grundeigentümers von der Möglichkeit solcher Einrichtungen nicht abhängt.

6. Kiel 23. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 155. Die an die Kaiserl. und Kruppsche Werft angegliederten, am östlichen Ufer des Kieler Hafens belegenen Stadtteile sind als Industriegegend zu bezeichnen. Die Rauch- und Rußentwicklung, so erheblich sie ist, kann daher zwar nicht als unwesentlich, wohl aber muß sie als ortsüblich bezeichnet werden. Ob das gleiche von dem Geräusch gilt, das durch den Betrieb der Schwebefähre hervorgerufen ist, bedarf noch weiterer Erhebungen. Es wird nur dann von den Nachbarn nicht zu dulden sein, wenn es sich als ein ganz eigenartiges, sich von dem übrigen Betriebslärm der Werft besonders hervorhebendes und für die Nachbarschaft außergewöhnliches Geräusch darstellt.

III. Nachträgliche Beseitigung der Störung.

7. **RG.** 30. 6. 17, R. 17 Nr. 2005/6, WarnE. 17, 386. Für die Frage, ob der Kl. durch nachträgliche Maßnahmen klaglos gestellt ist, ist maßgebend, ob Einrichtungen getroffen sind, die nach menschlicher Voraussicht die schädlichen Einwirkungen auf ein Maß zurückführen, das nach § 906 ertragen werden muß, und ob eine Beseitigung der Schutzmaßnahmen und die Wiederaufnahme des früheren Betriebs nach Lage der obwaltenden Verhältnisse nicht in Frage kommen kann; abhelfende Einrichtungen, die beseitigt oder unbenutzt bleiben könnten, schlössen die Verurteilung nicht aus und beseitigten den einmal begründeten Anspruch auf Schutz gegen Wiederholung der beeinträchtigenden Einwirkungen nicht, da Kl. ein Recht auf dauernden Schutz hat und ihm dieses in der Regel nur durch ein die sofortige Zwangsvollstreckung ermöglichendes Urteil gewährt wird (**RG.** 36, 180, JW. 02, 70; 06, 556; 10, 654).

IV. Prozessuales (JDR. 15 Ziff. IV).

1. Passivlegitimation. **RG.** 30. 6. 17, R. 17 Nr. 2003/4, WarnE. 17, 386. Tatbestand: Störung durch Gasthausbetrieb. — Als Störer kommt sowohl der Grundstückseigentümer in Frage, der das Haus für einen großen Gasthausbetrieb eingerichtet hat, als auch der Mieter, der das Haus für diese Zwecke benutzt, sowie der Zwischenmieter, von dem es dieser abmietet.

2. Beweislast. **RG.** 24. 3. 17, R. 17 Nr. 1062, WarnE. 17, 385. Der Kl. Eigentümer hat nur die Beeinträchtigung als solche zu beweisen. Sache des Gegners ist es, darzutun, daß der Kl. die Einwirkung aus einem der beiden in § 906 bestimmten Gründe dulden müsse.

3. Urteilstenor. **RG.** 30. 6. 17, R. 17 Nr. 2007, WarnE. 17, 386. Es genügt die Fassung des Urteils, daß Bekl. Vorkehrungen zu treffen habe, durch die die störenden Einwirkungen auf ein die Benutzung des Grundstücks des Kl. nur unwesentlich beeinträchtigendes Maß eingeschränkt werden; eine Bezeichnung bestimmter Maßnahmen ist nicht erforderlich.

§ 907.

Straßenanliegerrecht. **RG.** 21. 11. 16, SeuffA. 72, 126. Nach ständiger Rechtsspr. des RG. (44, 282; 62, 87) muß sich der Anlieger alle vom Straßeneigentümer zur Förderung des Gemeinwohls vorgenommenen Eingriffe in sein Straßenbenutzungsrecht, wenn sie nur vorübergehend sind oder unwesentliche Störungen enthalten, ohne Entschädigung gefallen lassen. Ob eine Erschwernis eine dauernde ist, ist nach Verkehrsauffassung zu beurteilen. Für eine Großstadt wie Berlin kann auch Störung durch eine mehrjährige Verbauung der Straße (infolge Untergrundbahnbaus) als vorübergehend angesehen werden.

§ 909.

RG. 15. 11. 16, R. 17 Nr. 215. Ist die beabsichtigte Vertiefung der Grundmauern des Nachbarneubaus derart bedeutend, daß alle nach dem dermaligen Technikstand bekannten Vorsichtsmaßregeln keine Gewähr gegen eine Senkung des benachbarten Gebäudes bieten, so ist die trotz Kenntnis davon durchgeführte Abgrabung fahrlässig i. S. des § 823 Abs. 2 und verpflichtet zum Schadensersatz (**RG.** 62, 371).

§ 920.

Posen 8. 3. 17, OLG. 17, 326. Nur der Eigentümer, nicht ein dinglich Berechtigter (Inhaber eines Fischereirechts) ist zur Grenzscheidungsklage aus § 920 befugt (**RG.** 56, 59).

§ 921.

Kommunmauerrecht. 1. München 4. 12. 15, OLG. 34, 190. (Vgl. JDR. 13 Ziff. 4 u. § 921, JDR. 14 Ziff. 2, JDR. 15 Ziff. 4). Mit der Erbauung wurde die Mauer wesentlicher Bestandteil des Hauses Nr. 4 und stand als solcher im Eigentum des jeweiligen Eigentümers desselben. Mit dem Anbau fällt der übergebaute Mauerteil in das Eigentum des Anbauenden, weil dadurch die Kommunmauer auch in das Gefüge des angebauten Hauses tritt und wesentlicher Bestandteil auch dieses Hauses wird und nunmehr der Grundsatz aedificium solo cedit zur Geltung gelangt. Mit dem Anbau erleidet sonach der Eigentümer der Nr. 4 einen Verlust, der ihn nach den Grundsätzen über die Bereicherung berechtigt, vom Anbauenden Ersatz zu verlangen, und zwar wird der Ablösungsanspruch demjenigen zufallen, der zur Zeit des Anbaus Eigentümer der Nr. 4 ist.

2. Zweibrücken 9. 2. 14, OLG. 34, 191. Der Kl. hat an Stelle einer früher bestandenen gemeinschaftl. Grenzmauer 1912 beim Neubau seines Hauses die Grenzmauer höher und breiter wie früher halbscheid aufgeführt, der Bekl. hat später sie zu seinem Neubau auch benutzt. Die auf Bereicherung gestützte Klage ist unbegründet. Einmal ist nicht nachgewiesen, daß die neue Mauer den Ansprüchen mehr entsprach, wie die alte, zu deren Ersatz sie diente, während Bekl. die Unbequemlichkeit des Umbaus dulden mußte. Bereichert soll Bekl. erst durch den später von ihm aufgeführten Neubau sein, aber dafür fehlt

der Beweis. Der Fall ist eben dadurch, daß schon seit unvordenklichen Zeiten die gemeinsame Mauer bestand, verschieden von der zum RG. (JW. 11, 366) gegensätzlichen Rechtspr. der OLG. Düsseldorf und Dresden. Der § 912 scheidet bei gegenseitigem Einverständnis überhaupt aus (**RG.** 70, 203). Der § 812 (JW. 12, 1039) kommt nicht in Frage, weil hier das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund" fehlt. Die Fälle RheinZ. 5, 555 beziehen sich auch auf Neubauten.

3. Dresden 7. 6. 16, BayRpflZ. 17, 250, OLG. 34, 191. Ablösungsanspruch. Der Anspruch auf die Giebelmauervergütung entsteht erst mit dem Anbau. Eine vorherige Abtretung der Entschädigung ist daher nur in dem Umfang möglich, als eine Abtretung künftiger Ansprüche zulässig ist. Wirksam wird sie erst, wenn der Anbau erfolgt, und zwar nur dann, wenn der Eigentümer, der im voraus den Anspruch abgetreten hatte, noch zurzeit des Anbaus Eigentümer des zuerst bebauten Grundstücks ist. Was aber von der Abtretung gilt, muß für jede andere Vorausverfügung (z. B. durch Verrechnung) gelten.

4. Metzges, Das nachbarliche Mauerrecht des BGB. in der Praxis der rheinischen Gerichte, GruchotsBeitr. 62, 76 bespricht nach einem Überblick über die rhein. Rechtspr. zur Kommunmauerfrage vor allem die Frage der Entstehung und Übertragung des Entschädigungsanspruchs. Im Gegensatz zu OLG. Düsseldorf hält er als maßgebend für den Augenblick, in dem die Mauer auch Bestandteil des zweiten Hauses wird, nicht die Vollendung des Rohbaus oder das stufenweise Fortschreiten des Baus, sondern schon den Beginn des Baus des zweiten Gebäudes; denn die Verkehrsanschauung betrachtet, sobald auch nur mit der Herstellung des zweiten Hauses angefangen wird, die gemeinschaftliche Mauer als Teil dieses neuen Gebäudes.

5. Darmstadt 25. 5. 17, HessRspr. 17, 189. Auf der Grenze der Grundstücke der Parteien, mit dem breiteren Teil auf dem des Bekl., stand eine einheitliche Brandmauer. Auf dieser Mauer errichtete zunächst Bekl., dann Kl. eine Mauer als Seitenmauer je eines Gebäudes. Die neuen Mauern hielten sich diesseits der Grundstücksgrenzen. Bekl. riß sein Gebäude ab und damit auch den auf der ursprünglichen Brandmauer stehenden, auf seinem Grundstück liegenden Mauerteil. Kl. mußte infolgedessen seine Gebäudemauer erheblich verstärken und verlangte Ersatz der Kosten auf Grund des § 823 wegen Schädigung seines Miteigentums und wegen Verletzung des Schutzgesetzes des § 921. Beide Stützen der Klage sind nicht haltbar, Miteigentum liegt nicht vor, nicht einmal die ursprüngliche einheitliche Brandmauer steht im Miteigentum. Als eine mit dem Grund und Boden fest verbundene Sache ist diese Mauer gemäß § 94 wesentlicher Bestandteil des sie tragenden Grundstücks, sie kann daher nach § 93 nicht Gegenstand eines besonderen Eigentums sein, fällt vielmehr, durch die Grenze getrennt in das Eigentum jedes Eigentümers. Auch eine Grenzeinrichtung nach § 921 ist nicht verletzt. Ob die einheitliche Brandmauer als solche anzusehen ist, kann dahin gestellt bleiben; denn sie hat Bekl. nicht verletzt. Die abgerissene Hausmauer des Gebäudes des Bekl. ist schon deswegen keine Grenzeinrichtung nach § 921, weil sie in voller Breite auf dem Grundstück des Bekl. stand; auch war dadurch, daß sie sich als selbständige Hausmauer des Bekl. darstellte, schon äußerlich darauf hingewiesen, daß sie dem Bekl. allein gehörte; damit war die Vermutung eines gemeinschaftlichen Benutzungsrechtes der Parteien beseitigt.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925.

1. Du Chesne, Auflassung und Eintragungsbewilligung, BayNotZ. 17, 41. Nach der herrsch. Ansicht (**RG.** 54, 378, KGJ. 24A, 231, Colmar ElsLothZ. 41, 413) umfaßt die bei der Auflassung erklärte Willenseinigung, gerichtet auf Eigentumsübertragung, die Willenseinigung auf Eintragung des Eigentumsübergangs in sich, wie umgekehrt der Eintragungswille den Einigungswillen in sich schließt. Von der rechtsgeschäftlichen Erklärung „von nun an soll der Erwerber der dinglich Berechtigte sein" unterscheidet sich die verfahrensmäßige Willenserklärung: „Ich erkenne an, daß der geltendgemachte

Anspruch auf Eintragung begründet ist". Erstere richtet sich an den Geschäftsgegner, letztere an das Grundbuchamt. Während noch das preußische Recht den Standpunkt vertrat, daß die verfahrensmäßige Willenserklärung die rechtsgeschäftliche ersetzen könne, nicht aber das Umgekehrte möglich sei, genügt nach BGB. jede von den Parteien gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt abgegebene Erklärung, die den Willen beider mit Sicherheit erkennen läßt, daß Erwerber an die Stelle des Veräußerers eingetragen werden solle; als derart schlüssig den Eintragungswillen enthaltende Erklärung gilt die Auflassung. Sie ersetzt die Eintragungsbewilligung, weil und soweit sie zugleich die authentische Kenntnisnahme des Grundbuchamts von dem Eintragungswillen herbeiführt. Wo die Auflassung außerhalb des Grundbuchamts erfolgt (Gericht, Notar), fehlt es an der Vermittlung dieser Kenntnis gegenüber dem Grundbuchamt, und es bedarf daher neben der rechtsgeschäftlichen Einigung (Auflassung) der verfahrensmäßigen Eintragungsbewilligung, die dem Grundbuchamt gegenüber zu erklären ist.

2. KG. 3. 6. 16, KGJ. 49, 179. Ist der Schuldner rechtskräftig zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilt, so hat der Gläubiger die Einigung (§ 925 BGB., § 20 GBO.) dadurch zum Abschlusse zu bringen, daß er unter Vorlegung des Urteils und unter Nachweis seiner Rechtskraft seinerseits die Einigungserklärung vor dem Grundbuchamt abgibt. Die Einigung gilt dann als von beiden Auflassungsbeteiligten gleichzeitig und in einem Akte vor dem Grundbuchamt erklärt (KGJ. 44, 221, 223). Im Falle der Nachreichung des Urteils wird das Erfordernis der Gleichzeitigkeit und Einheitlichkeit nicht gewahrt.

3. BayObLG. 27. 4. 17, BayNotZ. 17, 316, BayObLG. 18, 71, DJZ. 17, 834, OLG. 35, 322. Wenn bei der Auseinandersetzung des Gesamtguts nach Auflösung der ehel. Gütergemeinschaft einer der Ehegatten Grundstücke zu Alleineigentum oder zum Gesamtgut einer mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft übernehmen will, handelt es sich um rechtsgeschäftl. Erwerb, nicht um Erwerb kraft Gesetzes, und es ist Auflassung erforderlich. Denn es entäußert sich der eine Ehegatte des ihm zustehenden Miteigentums zugunsten des anderen Teils; der Übergang des Alleineigentums auf den anderen Teil beruht auf freier Willenseinigung der Parteien.

4. Hamburg 2. 4. 17, HansGZ. 17 Hptbl. 171, OLG. 35, 323. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um den Übergang des Grundstücks von einer o. HG. an eine von denselben Gesellschaftern gebildete andere o. HG., sondern an eine von diesen gebildete Ges. bürgerlichen Rechts. Bei dieser letzteren kann ein Eigentumswechsel durch Eintreten oder Ausscheiden eines Gesellschafters nur in einer Weise erfolgen, die auch im Grundbuch zum Ausdruck kommt. Es scheidet also die bei Übergang des Grundstücks von einer o. HG. an eine andere mit gleichen Inhabern bestehende Möglichkeit aus, daß sich die Eigentumsverhältnisse des Grundstücks bei der neuen Gesellschaft anders gestalten, als wenn es bei der ersten Ges. geblieben wäre, ohne daß solche im Grundbuch klargestellt zu werden brauchte. Vielmehr liegt die Sache hier so, daß trotz des Überganges des Grundstücks von der o. HG. auf die Ges. bürgerlichen Rechts nicht nur das Eigentum bei denselben Personen verblieben ist, sondern auch ein Wechsel in dem zurzeit des Überganges des Grundstücks von der einen Ges. auf die andere an demselben bestehenden Eigentumsverhältnis nur erfolgen kann, wenn dies grundbuchmäßig zum Ausdruck kommt. Solchenfalls ist aber der fragliche Grundstücksübergang ein rein interner Akt ohne jedes publizistische Interesse und kann als ein Eigentumswechsel i. S. von §§ 873, 925 BGB. nicht angesprochen werden.

5. Colmar 15. 5. 16, ElsLothZ. 16, 413. Neben der zur Übertragung des Eigentums erforderlichen Einigung i. S. des § 20 GBO. bedarf es nicht noch des Nachweises, daß der Veräußerer die Eintragung des Eigentums des Erwerbers bewilligt hat. Die Auflassungserklärung enthält unter allen Umständen diese Bewilligung.

§ 926.

1. BayObLG. 10. 10. 17, R. 17 Nr. 2008. Zubehör sind nach § 97 an sich selbständige bewegliche Sachen, die nicht ohne weiteres dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache

folgen. Es ist daher der Abschluß gesonderter Kaufverträge über Grundstück und Zubehör möglich.

2. Augsburg 5. 1. 16, OLG. 34, 177. M. vertauschte am 1. 7. 1914 sein Anwesen mit lebendem und toten Inventar an den Kl. derart, daß der Erwerber mit Unterzeichnung in den Besitz der Tauschgegenstände gesetzt sei, und daß M. das Anwesen ohne Entgelt für Rechnung des Kl. zwei Monate weiter bewirtschafte. Der Eigentumsübergang wurde am 1. Oktober 1914 eingetragen. Im September 1914 holte der Bekl. Pferd und Wagen als ihm eigen gehörig ab, die sich auf dem Anwesen als Zubehör befanden und in dem dem Tausch zugrunde liegenden Inventarverzeichnis aufgenommen waren. Die Klage auf Rückgabe der Gegenstände blieb erfolglos. An einem das Inventar betreffenden besonderen Übereignungsakt fehlt es, vielmehr sollte das Inventar erst mit dem Grundstück zusammen erworben werden. Selbst wenn der Veräußerer M. Eigentümer des Wagens und des Pferdes war, würde der Kl. nach § 926 das Eigentum daran nur erworben haben, wenn sie am 1. Oktober, dem Tag des Eigentumsübergangs, noch Zubehör des Grundstücks waren, was unstreitig nicht der Fall ist. Auch Erwerb vom Nichteigentümer lag nicht vor. M. hat nicht die tatsächliche Gewalt über das Inventar bei Vertragschluß aufgegeben (§ 854 Abs. 2), sondern im vollen Umfang behalten und nicht als Besitzdiener, sondern im freien Vertragsverhältnis. Kl. war nur mittelbarer Besitzer geworden; erst nach Beendigung des zwischen ihm und M. herrschenden Vertragsverhältnisses wäre er Eigentümer der Streitobjekte geworden, wenn er sie selbst unmittelbar in Besitz genommen hätte.

3. Kriener, Zubehör und Bestandteil bei Grundstücksveräußerung, ZBlFG. 17, 221 bespricht im Anschluß an die gesetzl. Bestimmungen die Wirkungen der Verbindung einer eigenen, dann einer fremden Sache mit einem eigenen, dann mit einem fremden Grundstück auf das gegenwärtige, das spätere Eigentum am Grundstück sowie auf die vor und nach der Verbindung auf das Grundstück gelegte Hypothek. Die Besonderheiten in der Zwverst. werden erörtert, des ferneren die Rechte des Eigentümers an der mit dem Grundstück verbundenen Sache dargelegt für den Fall, daß Grundstücks- und Sacheigentum auseinanderfallen.

§ 928.

Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts, ABürgR. 42, 296ff., 303/4. Ein Verzicht auf eine unbewegliche Sache kann nicht durch Besitzaufgabe erfolgen, da der Besitz nicht zu den Voraussetzungen des Eigentumschutzes gehört. Es bleibt nur die Möglichkeit einer einseitigen Kundgebung an alle Rechtsgenossen: „Ich will mit der Sache nichts mehr zu tun haben". Diese Kundgabe geschieht durch Eintragung in das Grundbuch, dessen Inhalt als allen Rechtsgenossen bekannt angenommen wird. Der Verzicht besteht erst, wenn er dadurch, daß er eingetragen ist, der Allgemeinheit erklärt ist. Der Widerruf ist bis zur Eintragung zulässig (Dresden OLG. 29, 174 gegen Predari § 20 GBO. litt. G.).

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Schrifttum: Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32.

§§ 929 ff.

1. **RG.** 22. 3. 17, R. 17 Nr. 1064. Die Aushändigung der Dividendenscheine, die selbständige Inhaberpapiere für die Dividendenbezüge sind (**RG.** 58, 10; 77, 333), übertrug nicht das Eigentum an den Aktien selbst, und die Übergabe des Hinterlegungsscheins, dem vom OLG. mit Recht die Eigenschaft eines Verfügungspapiers abgesprochen wird (**RG.** 49, 97, JW. 10, 814), war jedenfalls nach den getroffenen Abmachungen nicht als Übergabeersatz i. S. des § 931 anzusehen. Die Zinsenerneuerungsscheine aber sind bloße Ausweispapiere, die den Inhaber zum Empfang neuer Zinsscheine oder Gewinnanteil-

scheine, jedoch nicht gegen den Willen des Aktienbesitzers, ermächtigten (§§ 805 BGB., 230 HGB., **RG.** 74, 339; 77, 333); auch sie kommen als Träger des Aktienrechts nicht in Betracht.

2. **RG.** 27. 2. 17, LeipzZ. 17, 867, R. 17 Nr. 1831. Bloße Bestimmbarkeit der zu übereignenden Gegenstände genügt zu deren für den Eigentumserwerb erforderlichen Übergabe nicht. Die Übereignung soll hier nach dem Vertrage im Wege des Besitzkonstituts erfolgen und so der Kl. an 30 Kühen, die der Veräußerer nur noch im Verhältnis eines Entleihers im Besitz behält, mittelbaren Besitz erlangen. Mittelbarer Besitz aber kann ebenso wie unmittelbarer Besitz nur an individuell bestimmten Sachen ausgeübt und übertragen werden.

3. München 7. 10. 16, OLG. 34, 181. X hat auf Grund eines Kaufabschlusses am 30. 3. 1915 zwei Wagen Öl an den Bekl. von Bukarest abgesandt, sie dann aber, während sie unterwegs waren, dem Kl. zum Kauf angeboten, der sie akzeptierte, „wenn Ware hellgelb raffiniert ist und Ankunftsgewicht berechnet wird". Am 26. Mai wurden die Wagen auf den Kl. umkartiert; ehe ihm aber die Nummern der Wagen mitgeteilt und die Duplikatfrachtbriefe übergeben waren, wurde auf Antrag des Bekl. am 7. Juni im Wege des Arrests der Anspruch des X gegen die Güterabfertigungsstelle auf Herausgabe der beiden Wagen gepfändet. Kl. hat Eigentum nicht erlangt. Nach Abrede des Kl. mit X sollte der klagende Käufer das Eigentum erst erwerben durch Auslieferung der Waren und Einigung über den Eigentumsübergang, die erst eintreten konnte in dem Zeitpunkte, in welchem der Käufer nach Annahme der Ware dem Verkäufer zu erkennen gab, daß er die Ware behalten wolle (**RG.** 18, 162; 34, 66). Zur Einigung war hier zunächst die vorbehaltene Prüfung der Ware erforderlich, ferner eine Verständigung darüber, ob das Ankunftsgewicht zugrunde gelegt werden solle. Mangels Vorliegens der Einigung kam auch § 931 nicht in Frage. Selbst wenn dem Kl. das Frachtbriefduplikat übergeben worden wäre, würde hierin nur der Ersatz der Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zu erblicken sein; das Erfordernis der Einigung bleibt daneben bestehen.

4. Hamburg 21. 10. 16, HansGZ. 17, Bbl. 53, OLG. 34, 179, SeuffA. 72, 92. Der vom Bekl. (Notar) beurkundete Vertrag ist unwirksam, da das Eigentum an den Mobilien des Mannes nicht auf seine klagende Frau übertragen worden ist, und zwar weder gemäß § 929, noch auch nach § 930. Der § 929 Satz 1 setzt eine körperliche Übergabe der Sache, nicht bloß die Einräumung rechtlicher Befugnisse voraus. Sie kann nicht durch symbolische Handlungen, wie die hier vollzogene Berührung einzelner Sachen und die Anweisung der Sachen an den Erwerber ersetzt werden. Daran würde auch seine Erklärung nichts ändern, die Sachen künftig nicht mehr für sich besitzen zu wollen. Nun genügt nach § 854 Abs. 2 allerdings eine bloße Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers; aber diese Bestimmung greift nur dann Platz, wenn der bisherige Besitzer den Besitz seinerseits aufgibt, was hier nicht geschehen ist. Nicht anders verhält es sich mit § 929 Satz 2. Allerdings mag auch ein Mitbesitz für eine derartige Übertragung genügen. Aber auch wenn man der Frau im Gegensatz zur herrschenden Lehre einen solchen Mitbesitz zugestehen wollte, so setzt doch § 929 Satz 2 voraus, daß der bisherige Mitbesitzer seinen Besitz zugunsten des bisherigen Mitbesitzers aufgibt. Ein Fortbestand des bisherigen Besitzzustandes ist mit der Übertragung des Eigentums unvereinbar.

Daß das Eigentum nach § 930 nicht rechtswirksam übertragen ist, zeigt die Erwägung, daß der im Vertrage vereinbarte Leihvertrag neben dem schon vorher bestehenden Verwaltungsrecht des Mannes eine selbständige Bedeutung gar nicht haben kann. Die Leihe überträgt nur unvollständigen Besitz und ermächtigt nicht zur Verfügung über die geliehene Sache, während das Verwaltungsrecht den Mann zum Besitzer des Eingebrachten macht und ihm die freie Verfügung darüber gibt. Durch den Vertrag sind daher auf den Mann der Kl. keine Rechte übertragen worden, die er nicht vorher schon hatte, so daß sich nicht sagen läßt, es sei durch ihn ein Rechtsverhältnis vereinbart worden, vermöge dessen der Mann unter Übernahme des mittelbaren Besitzes auf die Frau den unmittelbaren Besitz

sich bewahrt hätte. Die hier vertretene Ansicht entspricht durchaus dem Geiste des BGB., das wie die §§ 1431, 1435 ergeben, derartige Verträge unter Ehegatten im Interesse Dritter durchaus nicht begünstigt. Verlangt schon § 930 im Interesse der Dritten, daß, wenn bei der Eigentumsübertragung der Veräußerer im Besitz bleibt, ein besonderes, äußerlich in die Erscheinung tretendes Rechtsverhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber vereinbart werden muß, nach welchem der erstere im Besitze bleibt, so müssen gerade bei solchen Verträgen unter Ehegatten besonders strenge Anforderungen an die Anwendung dieser Bestimmung gestellt werden.

5. Eigentumserwerb für einen Dritten. Stettin 18. 10. 16, LeipzZ. 17, 616. Die Richtung der Eigentumsübertragung bestimmt sich grundsätzlich nach dem Willen des Übertragenden; es würde zu Unklarheiten führen, wenn man den § 164 BGB. dabei in Anwendung bringen wollte. Nimmt bei einem eine Übereignung bezweckenden Rechtsgeschäft der Empfänger der Sache diese entgegen, ohne gegen die Bestimmung des Eigentumserwerbers sich zu verwahren, so erwirbt er für diesen (bei dessen nicht geradezu entgegengesetztem Willen), mag er seinerseits es wollen oder nicht oder aber den Auftrag haben, für einen anderen zu erwerben. Widerspräche er (oder wollte der Dritte nicht erwerben), so käme ein Eigentumsübergang nicht zustande. Es kann auch der Fall so liegen, daß der Übergebende sich gar nicht darum bekümmert, an wen das Eigentum gelangen soll, an den vor ihn stehenden Empfänger oder einen hinter diesem Stehenden, der ihm unbekannt bleibt. (So bei Verkauf an Dienstboten im Laden oder auf dem Markt.) Solchen Falles erwirbt dann der, den es angeht, das Eigentum. Ein solches Sachverhältnis ist hier nicht anzunehmen.

6. Hinsberg, Eigentumsübergang beim Versendungskauf, wendet sich gegen die bei Staub (9) Anm. 58 a. E. z. Exk. zu § 382 HGB. und OLG. 26, 47 (Königsberg) vertretene Ansicht, daß, wenn ein Verkäufer nach Vereinbarung mit seinem Käufer die Ware direkt an den Abnehmer dieses Käufers versende, die Ware mit Abschluß der Versendungsabrede gemäß §§ 930, 868 ins Eigentum des Käufers übergehe. Die Versendungspflicht des Verkäufers beruht nicht auf einem besonderen Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, sondern auf dem Kaufvertrag selbst. Selbst aber die Möglichkeit eines besonderen Versendungsvertrags unterstellt, so würde dieser doch auf das gerade Gegenteil eines Zustands, wie er in §§ 930 und 868 gedacht ist, herauslaufen. Bei den in § 868 aufgeführten Vertragsformen handelt es sich um die Begründung eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der unmittelbare Besitzer zeitweilig zum Besitz und der mittelbare Besitzer später zum Verlangen der Herausgabe berechtigt sein soll (RGKomm. Anm. 3 zu § 868); beim Versendungskauf hingegen ist der Auftrag zur Versendung aber gerade darauf gerichtet, daß der Verkäufer sich des Besitzes, den er bisher als Eigentümer der Kaufsache gehabt hat, entäußern soll.

§ 930.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 5. 12. 16, WarnE. 17, 75. Bei einer freiwilligen Versteigerung von Möbeln des F. in dessen Wohnung hatte der amtierende Gerichtsvollzieher im Protokoll vermerkt, daß dem Ersteher Sch. bedeutet sei, der Besitz der versteigerten Sachen sei auf ihn übergegangen, und daß die Sachen dem Ersteher übergeben seien. Sch. hat dann die in der F.schen Wohnung verbliebenen Möbel dem F. zu vierteljährlichem Zins von 180 M. vermietet. Sch. ist Eigentümer der Möbel geworden. Zwar fehlt es an wirklicher Übergabe i. S. des § 854 Abs. 1, da durch die bloße protokollarische Zuweisung der Möbel an Sch. dieser noch keine tatsächliche Herrschaft darüber erlangt hätte. Ob § 854 Abs. 2 vorliegt, kann dahingestellt bleiben. In der schriftl. Überweisung des GV. ist die Einigung über den Eigentumsübergang zu finden; die Übergabe ist durch Abschluß des Mietsvertrages zwischen F. und Sch. gemäß §§ 868, 930 ersetzt.

2. Hamburg 9. 1. 17, LeipzZ. 17, 1279. Kl. hatte vor Kriegsausbruch von der Bekl.

Waren für Japan gekauft; die Waren sollten in Triest verschifft werden. Da dies durch den Krieg unmöglich wurde, wurde die Ware gemäß Parteivereinbarung unter Stundung des Kaufpreises von der Bekl. in Triest eingelagert (Valuta bei Weiterversendung). Die Ware verbrannte, dem Schadensersatzverlangen der Kl. setzte Bekl. den Einwand entgegen, Kl. sei durch Besitzkonstitut Eigentümerin geworden, die Ware sei daher ihr verbrannt. Die Klage drang durch, da Eigentumsübergang durch Besitzkonstitut nicht angenommen wurde. Einigung über Eigentumsübergang liegt nicht vor, denn es sei nicht anzunehmen, daß die Bekl. trotz Stundung des Kaufpreises sich bereits des Eigentums entäußert hatte. Eine derartige Absicht hätte unzweideutig geäußert werden müssen.

3. Colmar 18. 2. 16, OLG. 34, 178. Die Rechtspr. erkennt an, daß jemand im voraus mit einem anderen vereinbaren kann, er wolle Sachen, die er noch nicht besitzt, sobald er ihren Besitz erwerben solle, auf den anderen zu Eigentum übertragen und an ihnen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses lediglich unmittelbaren Besitz ausüben. Liegt eine derartige Vereinbarung vor und besteht die Einigung noch im Augenblick des Besitzerwerbs, so entsteht mit dem Erwerb des Besitzes nicht Eigentum des unmittelbaren Besitzers, vielmehr vollzieht sich sofort der Eigentumserwerb für den mittelbaren Besitzer (**RG.** 30, 141, OLG. 20, 64b). Jedoch wird für die Wirksamkeit des im voraus vereinbarten Besitzkonstituts bezüglich vertretbarer Sachen verlangt, daß eine äußerlich in die Erscheinung tretende den Übertragungswillen erkennbar machende Ausführungshandlung vorgenommen worden ist (**RG.** 73, 418, JW. 11, 762[21]; 12, 797[15]).

II. Sicherungsübereignung (vgl. JDR. 15 zu § 930).

A. Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32 gibt eine sehr ausführliche Darstellung über rechtliche Natur, Anwendungsfälle, Mängel und Schwierigkeiten der Sicherungsübereignung.

Hierzu und zur Sicherungsübereignung überhaupt vgl. Erl. zu § 117 BGB.

B. Rechtsprechung. 1. Allgemeines. a) Einen Fall der Sicherungsübereignung von elektrischen Beleuchtungskörpern ohne rechtliche Besonderheit behandelt **RG.** 16. 6. 17, LeipzZ. 17, 1060.

b) Kiel 26. 10. 16, SchlHolstAnz. 17, 66. Im Vertrag sind die zum Verkauf und Verbrauch bestimmten Sachen vom Erwerber dem Veräußerer „zur Verwahrung" gegeben mit der Befugnis freier Veräußerung derart, die als Ersatz erworbenen Sachen an die Stelle der Veräußerten treten sollen. Der Vertrag ist rechtsbeständig. Verwahrung liegt zwar nicht vor, doch handelt es sich nur um einen Irrtum in der rechtlichen Bezeichnung. Es ist auch weder Leihe noch Kommissionsverhältnis anzunehmen, vielmehr liegt ein „ähnliches Verhältnis" i. S. des § 868 BGB. vor.

c) Colmar 16. 11. 15, ElsLothZ. 16, 364. Ernstlichkeit einer Sicherheitsübereignung angenommen, trotzdem mit der beweglichen Habe auch die Nahrungs- und Genußmittel übereignet sind und trotzdem der Veräußerer nach Vertragsschluß einige der übereigneten Sachen veräußert hat — vgl. dagegen JDR. 15 § 930 Ziff. 5 — s. auch München 5. 7. 16, SeuffA. 72, 218.

d) LG. Gießen 4. 6. 17, HessRspr. 17, 196 verneint Gültigkeit einer Sicherungsübereignung an einem Acker Roggen, einmal mangels Vorliegens eines bestimmten Rechtsverhältnisses aus § 868 — Leihe und Kommissionsgeschäft kommen nicht in Frage —, zweitens weil an Früchten auf dem Halm kein vom Grundeigentum gesonderter Eigentumserwerb zulässig ist.

e) Dresden 1. 2. 17, OLG. 35, 327 (Verwertung nach §§ 1235ff. BGB.), vgl. 5c zu § 117 BGB.

2. Sicherungsübereignung eines Warenlagers. a) **RG.** 1. 5. 17, R. 17 Nr. 1422/3 (vgl. JDR. 15, Ziff. 4, 13 Ziff. I). Für zulässig ist die Vereinbarung erachtet, daß die Waren im Besitz des Veräußerers bleiben sollen, der zum kommissionsweisen Verkauf berechtigt und zur laufenden Ersatzanschaffung verpflichtet ist, auch wenn ein eigent-

liches Kommissionsverhältnis nicht vorliegt (RG. 52, 54, JW. 07, 741; 11 650, 762; 12, 144, 797). Der Eigentumsübergang an den zum Ersatz angeschafften Waren vollzieht sich, sobald der Veräußerer sie abredegemäß dem Warenlager zuführt.

b) RG. 5. 12. 16, JW. 17, 217, LeipzZ. 17, 469, R. 17 Nr. 216 u. 217. Wie aus Erwägungen des Urteils deutlich ersichtlich wird, hat sich der Berufungsrichter wesentlich von der Vorstellung leiten lassen, daß namentlich auch in Bezug auf bewegliche Sachen das allgemeine kennzeichnende, notwendige Merkmal des Bestandes dinglicher Rechte deren äußere für jedermann bestehende Erkennbarkeit bilde. Diese grundsätzlich nicht unberechtigte Anschauung unterliegt jedoch gerade für Fälle der vorliegenden Art, wo es sich um Übereignung beweglicher Sachen durch Vermittlung eines Besitzkonstituts handelt, einer wichtigen Einschränkung. Der Senat hat schon wiederholt ausgesprochen (vgl. z. B. JW. 12, 797), es könne bei dem gesetzlich als Ersatzmittel für eine körperliche Übergabe zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden, daß die Eigentumsübertragung auch für Dritte erkennbar sei. Unter dem Einfluß seiner abweichenden Grundanschauung ist hier der Berufungsrichter dazu gelangt, schon hinsichtlich der bei Abschluß des Vertrages vom 14./21. März 1914 vorhandenen Bestände der Firma K. u. Söhne an Rohmaterialien und Waren als notwendige Voraussetzung des Eigentumsübergangs auf den zu sichernden Gläubiger ihre Eintragung in das nach Inhalt des Vertrags anzulegende Buch aufzustellen. Diese Anforderung steht in offenbarem Widerspruch mit der unzweideutigen und einer Auslegung unzugänglichen Bestimmung des bezeichneten Vertrags: Aus der erwähnten Vertragsbestimmung ergibt sich, daß die bei Abschluß des Vertrags vorhandenen Waren und Rohmaterialien der Firma unabhängig von der Herstellung des anzulegenden, indes bei Unterzeichnung des Vertrags noch nicht angelegten Verzeichnisses in das Eigentum des Julius Sch. übergingen, und das Verzeichnis mindestens in Ansehung jener Sachen nur zur besseren Sicherheit dieses Gläubigers vorgesehen ist, dem es als Beweismittel dienen konnte. Es rechtfertigt sich aber auch für die zukünftigen Waren und Materialien, auf die sich der Vertrag mit bezieht, die Annahme, daß die Beteiligten der Eintragung in das Verzeichnis nicht eine Recht schaffende, sondern nur die Bedeutung eines dem Interesse des Erwerbers dienlichen Beweismittels beilegen wollten. Der Übereignungswille hat für die vorhandenen und die zukünftigen Gegenstände gleichmäßig und zusammenfassend in dem Vertragssatze Ausdruck gefunden: „Zur weiteren Sicherheit des Gläubigers Sch. . . . überträgt die Firma K. u. Söhne . . . das Eigentum an dem gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Warenlager und an den gegenwärtigen und zukünftigen Rohmaterialien." Hinsichtlich der „zukünftigen" Sachen, die damals noch nicht im Besitz und Eigentum der Firma und noch nicht individualisiert waren, bedurfte es freilich zur Übereignung an Julius Sch. noch einer zeitlich hinter dem Vertragsschlusse liegenden Vollzugshandlung. Hierauf ist aber der Satz des Vertrags zu beziehen: „Dabei ist die Firma K. u. Söhne verpflichtet, die veräußerten Waren und Rohmaterialien wieder durch andere im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes angeschaffte oder hergestellte Waren und Rohmaterialien zu ersetzen und jeweils das Eigentum an diesen auf den Gläubiger Sch. zu übertragen." Diesem Gläubiger sollte eine wirksame Sicherung durch ein fiduziarisches Eigentum an den Waren und Rohmaterialien der genannten Firma nach Maßgabe des Wertstandes z. Z. des Vertragsabschlusses verschafft werden. Die Firma sollte befugt bleiben, im regelmäßigen Geschäftsbetriebe zu ihrem Vorteil Waren und Material zu veräußern und insofern das fiduziarische Eigentum zum Erlöschen zu bringen, zum Ausgleich aber verpflichtet sein, die in Abgang gekommenen Stücke durch andere zu ersetzen. Erfüllte sie diese Verpflichtung durch Einverleibung von Ersatzstücken in das Warenlager beziehentlich in die Rohmaterialbestände, so wurde für Julius Sch. zur Genüge erkennbar, daß die neu beschafften Waren oder Materialien an die Stelle der in Abgang gekommenen treten sollten und nunmehr zu den Sachen gehörten, auf die sich in Gemäßheit des Vertrags sein Eigentumsrecht erstreckte. Solche Einverleibung von Ersatzstücken war rechtlich vollkommen genügend, hinsichtlich ihrer den von vornherein als Wirkung des Besitzkonstituts gewollten

Übergang des Eigentums auf Sch. herbeizuführen, und in Rücksicht auf die berührten Bestimmungen und den Sicherungszweck des Vertrags darf auch angenommen werden, daß diese Wirkung und Rechtsgestaltung dem Willen der Vertragsparteien entsprach, sich aus dem Sinne ihrer Abmachungen ergab. Die Eintragung in ein Verzeichnis, von der hiernach der Rechtserwerb des Sch. an den Ersatzstücken nicht abhing, blieb tatsächlich von beweissicherndem Werte → Vgl. dagegen die praktisch wohl zutreffendere Entsch. des OLG. München, JDR. 15, Ziff. 4. ←

c) **RG.** (ohne Datum), GenBl. 17, 194. Als nichtig wegen Sittenwidrigkeit sind nach ständiger Rechtspr. des RG. fiduziarische Verträge zur Sicherung eines Gläubigers dann zu erachten, wenn der Schuldner zum Zwecke der Sicherung alle wesentlichen Aktivwerte des gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsvermögens übereignet und für ihn beim Weiterbetriebe des Geschäfts nur der trügerische Schein einer Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit übrig bleibt; dabei ist der entscheidende Gesichtspunkt darin zu finden, ob das Rechtsgeschäft nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter dem Anstands- und Rechtsgefühl aller gerecht und billig Denkenden widerstreitet. Ein solches Widerstreiten könnte vielleicht als vorhanden angesehen werden, wenn der Verpfändungsvertrag die Bedeutung hätte, daß hinsichtlich des Warenlagers dem Schuldner im Innenverhältnis lediglich die Rechtsstellung eines Kommissionärs eingeräumt werde, derart, daß der gesamte Geschäftsbetrieb in Wirklichkeit nur für Rechnung des Pfandgläubigers gehen, daß aber unter Verheimlichung dieses Umstandes nach außen hin der täuschende Anschein erweckt werden solle, als ob die Firma nach wie vor in voller wirtschaftlicher Selbständigkeit das Geschäft weiterbetreibe.

§ 931.

Kiel 14. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 77. Bei der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 sind an die Ausdrucksweise nicht zu scharfe Anforderungen zu stellen, sofern die Absicht der Beteiligten deutlich erkennbar ist. So genügt es vorliegendenfalls, wenn auf Aufforderung seines Papierlieferanten ein Zeitungsverleger diesem das bereits in Händen des Druckers befindliche Papier mit dem Briefsatz zurückübereignet: „Ich stelle Ihnen dieses . . . Papier zur Verfügung."

§ 932.

RG. 23. 1. 17; 89, 348, LeipzZ. 17, 459, R. 17 Nr. 408. Bei gutem Glauben an das Eigentum des Veräußerers geht das Eigentum auch dann über, wenn der Erwerber den Besitz demnächst von dritter Seite erlangt. Unerheblich ist, daß sich der Veräußerer nicht mehr für den — mittelbaren — Besitzer der Sache gehalten hat.

§ 934.

RG. 23. 1. 17; 89, 348, LeipzZ. 17, 459, R. 17 Nr. 408a. Der erste der beiden in § 934 behandelten Fälle erfordert einen wirklich bestehenden mittelbaren Sachbesitz und somit auch den wirklichen Bestand eines Herausgabeanspruchs des Veräußerers. Der zweite Fall des § 934 setzt dagegen nur voraus, daß der veräußernde Nichteigentümer dem gutgläubigen Erwerber den Anspruch auf Herausgabe gegen den im Besitz der Sache befindlichen Dritten abtritt und der Erwerber den Besitz der Sache — es genügt der mittelbare Besitz — vom Dritten erlangt. Unerheblich ist, ob der Herausgabeanspruch bestand, oder ob der Veräußerer an das Bestehen des Anspruchs glaubte; denn nicht der gute Glaube des Veräußerers, sondern der des Erwerbers soll durch § 934 geschützt werden. Für das schutzwürdige Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers sind zureichende Stützen gegeben in der Behauptung des Veräußerers, daß er Eigentümer sei, und in den Besitzverhältnissen. In letzterer Hinsicht setzt der zweite Fall des § 934 voraus, daß der im unmittelbaren Besitz befindliche Dritte, in ersichtlicher Anerkennung einer Verpflichtung zur Herausgabe an den Veräußerer, auf die Veräußerung hin dem Erwerber den unmittelbaren und mittelbaren Besitz an der Sache einräumt (Prot. III 209, RG. GruchotsBeitr. 53, 693).

§ 935.

1. Hamburg 30. 3. 16, vgl. JDR. 15 zu § 935, auch OLG. 34, 183.

2. Stuttgart 11. 7. 17, R. 17 Nr. 1424. Hat der Mann der Frau beim gesetzl. Güterstand eine Sache zu unmittelbarem Besitz überlassen und veräußerte er die Sache hernach ohne Zustimmung der Frau, so ist die Sache der Frau nicht abhanden gekommen. Maßgebend ist nicht die Veräußerung, sondern die Entziehung des unmittelbaren Besitzes; diese erfolgte kraft Ehegüterrechts, also nicht gegen den Willen der Frau.

3. Dresden 20. 12. 16, OLG. 34, 182, SächsOLG. 38, 267. Kl. verlangt vom Bek . Herausgabe eines Wallachs, den er vom Roßschlächter T. gekauft und übergeben erhalten hat. Diesem hatte es ein Knecht des Bekl. verkauft. Der Bekl. hatte dem Knecht das Pferd mit dem Wagen überlassen, damit er nach Dienstantritt seinen Koffer von der Bahn abholen könne. In dieser Überlassung liegt kein Abschluß eines Leihvertrags, Bekl. wollte nicht den Besitz zugunsten seines Knechts aufgeben, vielmehr hat dieser, der auf Grund des Dienstantritts in ein gesellschaftliches Abhängigkeitsverhältnis zum Bekl. getreten war, lediglich als Besitzdiener den Besitz für den Bekl. ausgeübt (§ 855). Erst mit der unbefugten Veräußerung durch den Knecht an T. hat Bekl. den Besitz am Pferde verloren und zwar ohne seinen Willen; es ist ihm abhanden gekommen.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

§ 952.

Breslau 23. 9. 16, BreslAK. 17, 36. Gläubiger eines bei der Sparkasse eingezahlten Guthabens ist nicht derjenige, auf dessen Namen das Sparbuch ausgestellt ist, sondern derjenige, der (sei es im eigenen Namen selbst oder in seiner Vertretung ein anderer) das Guthaben eingezahlt hat. Es kommt aber hierbei auf die den Umständen zu entnehmende Willensrichtung des Einzahlenden an (**RG.** 73, 220). Zahlt ein Vater für sein Kind als erste Einzahlung auf das Buch des Kindes einen dem Kind von dritter Seite geschenkten Betrag ein, so ist das Kind Gläubigerin der Sparkasse und nach § 952 Eigentümer des Buchs geworden, es sei denn, der Vater hätte der Sparkasse gegenüber erkennbar gemacht, daß er selbst als Darlehnsgeber auftrete.

§ 956.

Rostock 18. 5. 16, JDR. 15 Ziff. 2, auch OLG. 34, 185.

V. Aneignung.

§ 958.

Abs. 2. von Brünneck, Wo und wann findet im Bereich der preuß. Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB. auf die Fischerei Anwendung? GruchotsBeitr. 61, 218.

I. Räumliche Geltung. § 958 Abs. 2 schließt den Eigentumserwerb aus bei an sich herrenlosen Fischen, wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird. Keine Anwendung ist für § 958 Abs. 2 bei Fischfang im offenen Meer und in Küstengewässern, an denen kein Eigentum besteht, da hier für niemanden ein Aneignungsrecht besteht. Andererseits entfällt § 958 Abs. 2 im Fall des § 960 Abs. 1 (Fische in Teichen und geschlossenen Gewässetn), da hier von herrenlosen Fischen keine Rede ist. In Betracht kommt räumlich also nur die Fischerei in Küstengewässern, die im Eigentum stehen, in offenen Binnengewässern und — lt. Sonderbestimmung — im Frischen und Kurischen Haff (Staatsregal).

II. Sachliche Geltung. a) Hat jemand, der ein Fischereirecht auf bestimmte Fischarten hat, außerhalb seiner Berechtigung liegende Fische gefangen, die ins Fischereirecht eines anderen gehören, so greift § 958 Abs. 2 Platz, es wird Eigentum nicht erworben.

b) Ebenso ist zu entscheiden bei fortgesetzter Ausübung eines abgelaufenen, nur zeitlich begrenzten Fischereirechts.

c) Hat jemand, der ein Fischereirecht nur zu häuslichem Bedarf oder für des Tisches Notdurft besitzt (§§ 5 u. 20 FischereiGes.), Fische über das danach zustehende Maß hinaus gefangen, so findet § 958 Abs. 2 nicht Anwendung, da sich nicht schon beim Fang bestimmen läßt, an welchen Fischen der Fischende für die genannten Zwecke Besitz ergreifen wird; dazu ist erst eine Sonderung nach Art und Beschaffenheit der Fische nötig.

d) Aus gleichen Gründen entfällt § 958 Abs. 2, wenn der Fischende mit anderen als ihm in seiner Berechtigung zustehenden Fangmitteln die Fischerei ausgeübt hat.

e) Widerstreit zwischen Fischerei- und Jagdrecht: Ist dem Fischereiberechtigten die Jagd und Aneignung von Tieren, die der Fischerei schädlich sind, nur unter bestimmten Bedingungen gestattet (§ 105 FischereiG.), so findet § 958 Abs. 2 Anwendung, wenn unter Verletzung der Bedingungen gejagt wird.

§ 973.

VI. Fund.

Hamburg 4. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 285, LeipzZ. 17, 1148, R. 17 Nr. 1065. Die Beziehungen zwischen dem Finder, der die Fundsache an die Polizeibehörde abgeliefert hat und dann nach §§ 973, 976 als Eigentümer Herausgabe verlangt, sind nicht ausschließlich öffentl.-rechtl. Natur. Sie beruhen vielmehr im wesentlichen auf dem bürgerl. Recht. Die nach dem Fundrecht des BGB. der Polizeibehörde zugewiesenen Obliegenheiten sind öffentl.-rechtl. Natur nur insoweit, als das öffentl. Interesse, d. h. soweit die Ermittlung des unbekannten Empfangsberechtigten und der Schutz seiner Rechte in Frage kommt. Haben diese Gesichtspunkte ihre Erledigung gefunden, weil nach § 973 der Finder das Eigentum an der Fundsache erworben hat und alle sonstigen Rechte daran erloschen sind, so ist für das öffentl. Interesse kein Raum mehr und der Anspruch des Finders auf Herausgabe ist rein zivilrechtl. Art. Wenn jetzt die Polizei einwendet, es handle sich gar nicht um eine Fundsache, sondern offenbar um eine absichtlich versteckte Sache, so kann sie damit nicht gehört werden. Wäre dieses richtig, dann könnte Kl. allerdings die Herausgabe nicht nach Fundrecht, wohl aber auf Grund des Rechtsverhältnisses beanspruchen, das zwischen ihm und der Polizeibehörde durch Ablieferung der Sache entstanden ist. Das ist ein Verhältnis i. S. des § 868 BGB. Kl. war Besitzer und hat der Polizei zur Ermittlung des Finders den unmittelbaren Besitz übertragen, er selbst blieb mittelbarer Besitzer. Dieses Verhältnis endete, sobald sich herausstellte, daß kein Fund vorlag. Die Folge kann aber nicht die sein, daß nun die Polizei den Besitz behält, sondern sie muß den Besitz auf Kl. zurückübertragen. Und selbst wenn man ein derartiges rechtliches Verhältnis verneint, würde Kl. nach § 812 BGB. Rückgabe beanspruchen können. Denn dann hat die Polizei den Besitz der Sache auf Kosten des Kl. ohne rechtlichen Grund erlangt und muß die Sache daher zurückgeben (condictio possessionis).

§ 978.

Hartmann, Ein Fall zum ausländischen Fundrecht, LeipzZ. 17, 1116. § 978 ist eine Vorschrift publizistischer Natur und daher zwingenden Rechts. Sie ist auch bei Fund auf deutschem Schiff im Ausland anzuwenden.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum.

§ 985.

1. Oertmann, Rechtskraft bei Eigentumsklagen, R. 17, 13. Mit der herrsch. Lehre ist daran festzuhalten, daß das Urteil über den Eigentumsanspruch aus § 985 keine Rechtskraftwirkung für oder gegen das Eigentumsrecht als solches ausübt (abw. Kohler, Fischer, Hölder). Dies folgt schon allein daraus, daß Eigentum und Eigentumsanspruch nicht immer zusammenfallen; der konkrete Eigentumsanspruch kann dem Inhaber des Eigentumsrechts abgesprochen werden (wegen vorhandenen Gegenrechts aus § 986), ein Nichteigentümer kann mit einem Eigentumsanspruch durchdringen (auf Grund Abtretung

z. B. aus § 931 BGB.). Zur rechtskräftigen Feststellung des Eigentums ist die Feststellungsklage aus § 256 ZPO., evtl. neben der Klage aus § 985 BGB. gegeben.

2. Kiel 17. 10. 12, SchlHolstAnz. 17, 71. Die Eigentumsklage auf Herausgabe einer Sache entbehrt des Rechtsschutzbedürfnisses, nachdem Bekl. zur Herausgabe bereits im Besitzstreit rechtskräftig verurteilt ist. Gegenstand des Klagebegehrens aus § 985 ist nicht die Feststellung des Eigentums, es ist vielmehr das Eigentum nur die klagebegründende Tatsache des Herausgabeanspruchs und lediglich auf diesen Anspruch beschränkt sich die Rechtskraftwirkung des aus § 985 ergangenen Urteils.

3. München 12. 11. 17, R. 17 Nr. 2009. Der mit der Eigentumsklage belangte mittelbare Besitzer genügt dem Herausgabeverlangen, wenn er seinen Besitzmittler zur Herausgabe an Kl. anweist.

§ 990.

1 Dresden 2. 3. 16, OLG. 34, 189, SächsOLG. 37, 453. Kl. hatte dem Bekl. ihr Grundstück durch privatschriftl., also formungültigen Vertrag verkauft und gegen Anzahlung von 500 M. übergeben. Bekl. hatte durch Bauarbeiten Verwendungen auf das Grundstück gemacht. Im Juli 1913 forderte Kl. wegen Nichtigkeit des Kaufvertrages das Grundstück zurück, Bekl. hielt wegen der geleisteten Anzahlung und der Verwendungen das Grundstück zurück. Die Parteien streiten über die Höhe der vom Bekl. der Kl. zu vergütenden Nutzungen, insbes. darüber, ob Bekl. redlicher Besitzer gewesen ist. Das ist zu bejahen. Bekl. hat zwar auf Grund eines formunwirksamen Vertrags besessen, hielt denselben aber für gültig und konnte damit rechnen, daß der Mangel durch Auflassung geheilt werde. Durch den brieflichen Hinweis der Kl. auf die Nichtigkeit des Vertrages wurde er nicht zum bösgläubigen Besitzer; denn sein Besitz war nunmehr durch sein begründetes Zurückbehaltungsrecht gerechtfertigt, das ihm ein Recht zum Besitz verlieh.

2. Braunschweig 12. 12. 16, BraunschwZ. 17, 85. Bedingter Vorsatz genügt für die Anwendung des § 990; schon grobe Fahrlässigkeit ist ausreichend.

§ 1004.

1. **RG.** 31. 3. 17, LeipzZ. 17, 730, R. 17 Nr. 1061, WarnE. 17, 218. Allerdings ist nach der ständigen Rechtspr. des RG., wenn von dem Betriebe staatlich genehmigter Eisenbahnanlagen übermäßige schädliche Einwirkungen auf angrenzende Grundstücke erfolgen, für die Grundstückseigentümer eine Abwehrklage nach §§ 903, 906, 1004 weder auf Einstellung des Betriebes noch auf Vornahme von Vorkehrungen zur Beseitigung der schädlichen Einwirkungen gegeben, vielmehr steht ihnen nur wegen wesentlicher Beeinträchtigung der Benutzung ihrer Grundstücke ein Anspruch auf Schadensersatz zu (**RG.** 7, 267; 31, 287; 58, 134; 59, 74; 70, 152, JW. 10, 580). Dabei ist aber nach der ebenso ständigen Rechtspr. des RG. Voraussetzung, daß die Anlagen nach Maßgabe eines auf Grund des § 4 des preuß. EisenbG. v. 3. 11. 1838 aufgestellten Planes vom Minister genehmigt worden sind; gegen übermäßige Einwirkungen von nicht in dieser Weise genehmigten Anlagen aus, mögen diese auch dem Eisenbahnbetriebe dienen und sich auf dem Eisenbahnkörper befinden, ist die Abwehrklage zulässig (**RG.** 31, 288; 62, 132, WarnE. 09 Nr. 409, 10 Nr. 282, JW. 14, 937). Dies gilt insbes. auch von solchen Anlagen, die, nach Fertigstellung einer Eisenbahnlinie gemäß dem vom Minister genehmigten Plane, neu errichtet, oder wesentlich erweitert werden; sie bedürfen, um gegen eine Abwehrklage geschützt zu sein, einer neuen Genehmigung, auch wenn sie dem Betriebe der gemäß der früheren Genehmigung hergestellten Eisenbahnlinie dienen (**RG.** 31, 288; 62, 132, JW. 14, 937).

2. **RG.** 17. 4. 17, R. 17 Nr. 1066. Wird beim Verkauf eines an einen Fluß grenzenden Grundstücks schon vor der Eigentumsübertragung dem Käufer der Besitz überlassen und zugleich das Wassernutzungsrecht übertragen, alles mit dem Recht, das Ufergrundstück wie ein Eigentümer zu benutzen, so ist damit ein Rechtsverhältnis geschaffen, das dem Rahmen eines bloßen Schuldverhältnisses entwachsen ist, und ist ein von jedermann zu achtendes

Recht des Käufers auf die Wasserbenutzung entstanden, das durch eine quasinegatorische Klage in entspr. Anwendung des § 1004 geschützt ist (RG. 59, 32[5]).

3. RG. 25. 9. 17, R. 17 Nr. 2010. Durch das Störungsverbot des § 1004 kann nicht nur der Schutz des Kl., sondern auch solcher dritter Personen ausgesprochen werden, denen er sein geschütztes dingl. Recht (Fischereirecht) dem Bestand oder der Ausübung nach überträgt.

4. Königsberg 20. 9. 17, JW. 17, 937. Kein Unterlassungsanspruch des Grundstückseigentümers gegen Bombenabwurf einer Fliegerschule, wenn sein Grundstück auf Grund des KLG. vom Fiskus in Anspruch genommen wird. — Zweifelnd hierzu Oertmann ebenda, Anm. 3.

§ 1006.

Dresden 12. 2. 17, SeuffA. 72, 229. Der Kl. war auf Grund einer einstweiligen Verfügung des Ehegerichts aus der Ehewohnung gezogen. Nach Ehescheidung verlangte er von der Bekl. eine Reihe in der Ehewohnung befindlicher Sachen als ihm eigen gehörig heraus. Der Bekl. steht die Vermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 zur Seite. Der einstweil. Verfügung kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, daß durch sie die streitigen Sachen dem Kl. abhanden gekommen waren (§ 1006 Abs. 1 Satz 2). Es hätte ihm freigestanden, die Sachen mitzunehmen oder nachträglich abholen zu lassen. Der Umstand, daß nach § 1006 vermutet wird, daß die Bekl. Eigentümerin der noch streitigen Sachen sei, hat zur Folge, daß der Kl., um mit seinem Eigentumsanspruch durchzudringen, diese Vermutung widerlegen muß. Hierzu genügt nicht der Nachweis, daß er selbst einmal Eigentum an den Gegenständen erworben hat, sondern er muß beweisen, daß die Bekl. nicht Eigentümerin sei, sei es, daß sie Eigentum überhaupt nicht erlangt, sei es, daß sie es wieder verloren habe; diesen Beweis kann er insbesondere in der Weise führen, daß er die Tatsachen, die die Bekl. zur Begründung ihres Eigentumsrechts anführt, als unwahr nachweist.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

Vorbemerkung: Zum Recht der Grunddienstbarkeit liegen einige wichtige Entsch. des KG. vor, die sich mit dem zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit beschäftigen. Das KG. verneint die Eintragungsfähigkeit einer Dienstbarkeit dahin, daß der Eigentümer schädliche Einwirkungen über die gesetzliche Grenze hinaus „ohne Entschädigung" zu dulden habe. Die Gründe sind schwerlich überzeugend. — Mit Recht bleibt das KG. bei der Ablehnung von Grunddienstbarkeiten, durch die örtliche baupolizeiliche Vorschriften zum Rechtsinhalt erhoben werden. Das RG. hat in einer zu § 1019 angezogenen Entsch. sich über den Unterschied von Grunddienstbarkeit und beschränkt persönlicher Dienstbarkeit ausgesprochen. Zum Nießbrauchsrecht ist diesmal wenig erhebliches Material vorhanden. Auf die zu § 1061 mitgeteilte Entscheidung des KG., die sich mit dem Nießbrauch an Bruchteilen eines Grundstücks beschäftigt, sei hingewiesen.

§ 1018.

1. BayObLG. 29. 9. 16, vgl. JDR. 15 Ziff. 3, auch BayObLG. 17, 191, LeipzZ. 17, 66.

2. KG. 18. 4. 16, KGJ. 49, 195. Zulässig ist die Bestellung einer Dienstbarkeit des Inhalts, daß die Zuführung schädlicher Einwirkungen bei den Anlagen einer Bergwerksgesellschaft über die vom Gesetz gegebene Grenze hinaus zu dulden ist. Unzulässig dagegen ist die Hinzufügung der Bestimmung, daß die Einwirkungen ohne Entschädigung zu dulden sind. Diese Bestimmung betrifft nicht die dingl., sondern lediglich die schuldrechtl. Seite des Rechtsverhältnisses; schuldrechtl. Beziehungen sind aber im Grundbuch nur insoweit zulässig, als ihnen das Gesetz Einfluß auf die Gestaltung der dingl. Rechte gestattet. Das liegt hier nicht vor.

3. KG. 20. 5. 14, OLG. 34, 192. Eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt der Verpflichtung, das Grundstück zu bebauen, kann nach § 1018 nicht begründet werden. Das Gegenteil ist nicht etwa in dem Beschl. v. 15. 1. 14 gesagt, dort ist vielmehr nur ange-

nommen, daß für den Fall der Bebauung die Einhaltung der polizeilich vorgeschriebenen Bauweise durch Grunddienstbarkeiten gesichert werden kann.

4. Hamburg 22. 12. 16, HansGZ. 17, Bbl. 86. Der Inhalt der Grunddienstbarkeit unterliegt der Auslegung; es kann, braucht aber nicht Vertragswille zu sein, daß durch den Ausschluß der Errichtung eines Stallgebäudes auf dem belasteten Grundstück auch die Anlegung einer Auto-Garage verboten werde.

5. Hamburg 8. 2. 17, HansGZ. 17, Bbl. 139. Die Eigentumsbeschränkung, daß die Kellerfußböden nicht tiefer als plus 6 m angelegt werden dürfen, ist eine Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts.

6. KG. 17. 6. 15, OLG. 34, 225, JDR. 15 Ziff. 2 zu § 874. In KGJ. 46, 221 — JDR. 13 Ziff. 1 zu § 874 — ist rechtsgrundsätzlich ausgesprochen, daß die Bezugnahme auf baupolizeiliche Vorschriften rein örtlicher Bedeutung bei der Eintragung einer Grunddienstbarkeit unzulässig ist. Dieser Grundsatz trifft auch hier zu; denn der Inhalt der hier fr. Grunddienstbarkeit ist dahin zu verstehen, daß sich der Eigentümer bei der Bebauung des Grundstücks an die baupolizeilichen Vorschriften für Bauklasse E zu halten hat, auch wenn die Polizei ihn davon entbinden sollte. Dieser Inhalt des Rechts ist in der Eintragung selbst nicht unmittelbar ausgedrückt. Abweichend von KGJ. 46, 223 nimmt zwar die Eintragung hier nicht unmittelbar auf die BauPO. Bezug, sondern auf die Eintragungsbewilligung, die ihrerseits auf die BauPO. verweist. Einen rechtlich erheblichen Unterschied begründet diese Verschiedenheit der Tatbestände jedoch nicht. Vielmehr ist bereits a. a. O. darauf hingewiesen, daß die Bezugnahme auf örtliche Baupolizeivorschriften die Eintragung auch dann inhaltlich unzulässig macht, wenn diese sich nicht in der Eintragung selbst, sondern in der Eintragungsbewilligung befindet, auf die in der Eintragung verwiesen wird. Danach unterliegt die beanstandete Eintragung der Amtslöschung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit.

§§ 1018 ff.

KG. 22. 6. 16, OLG. 34, 193. Grunddienstbarkeiten können nicht an einen bestimmten Dritten abgetreten werden. Ihre Trennung vom herrschenden Grundstück würde eine Änderung ihres Inhalts sein und die Grunddienstbarkeit als solche beseitigen. Es erscheint zweifelhaft, ob eine solche Änderung überhaupt als Veränderung buchungsfähig, oder ob sie nicht grundbuchlich als Löschung des bisherigen und Neueintragung eines anderen Rechts (beschränkt persönliche Dienstbarkeit) zu gestalten ist; jedenfalls wäre die Änderung nur mit Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zuzulassen.

§ 1019.

1. **RG.** 31. 3. 17, LeipzZ. 17, 730. Die Vorteile, die dem Grundstück der Bekl. dadurch erwachsen, daß zufolge der in einer Baubeschränkung bestehenden Grunddienstbarkeit das Grundstück der Kl. nur mit einem aus Keller, Erdgeschoß und Stockwerk bestehenden Gebäude bebaut werden darf, sind nicht rein persönliche des Eigentümers, sondern sie sind dauernd dem Grundstück zum Nutzen; sie erhöhen auch den Wert des Grundstücks. Sie sind daher wirtschaftliche Vorteile, die dem Grundstücke durch das Bestehen der Baubeschränkung erwachsen. Eine gegenteilige Auffassung ist aus **RG.** 61, 341 nicht zu entnehmen. Dort ist nur ausgesprochen worden, daß eine beschränkte persönl. Dienstbarkeit des BGB. nach §§ 1019, 1090 einen privatrechtlichen wirtschaftlichen Vorteil des Berechtigten zur Voraussetzung habe und daß lediglich ein öffentl.-rechtl. Interesse des Berechtigten den Inhalt einer beschränkten persönl. Dienstbarkeit nicht bilden könne. Dabei ist übrigens anerkannt, daß auch Befugnisse, die nur eine Annehmlichkeit bieten, „wirtschaftliche" Vorteile und daher Gegenstand eines Dienstbarkeitsrechts sein können.

2. **RG.** 17. 11. 16, R. 17 Nr. 58. Ist für die Bewohner eines Grundstücks an einem anderen Grundstück ein Wegerecht bestellt, und werden später auf dem herrschenden Grundstück weitere Gebäude errichtet, so erstreckt sich die Berechtigung auch auf die Bewohner

dieser Gebäude, sofern hierdurch nicht eine erhebliche Mehrbelastung des dienenden Grundstücks eintritt.

§ 1027.

RG. 6. 10. 17, HansGZ. 17 Bbl. 309. In der Einreichung von Bauplänen zur behördlichen Genehmigung ist noch nicht eine Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit zu erblicken, die eine Unterlassungsklage nach §§ 1027, 1004 BGB. rechtfertigt.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

§ 1042.

PrOVG. 26. 10. 15; 70, 419, OLG. 35, 327 Anm. 1. Die durch die BauO. vorgeschriebene Ersetzung der Abortanlagen durch Schulaborte liegt innerhalb der privatrechtlichen Macht des Nießbrauchers; denn sie kann wegen ihrer erhaltenden Natur nicht als eine Veränderung der Nießbrauchssache angesehen werden, ist vielmehr den außergewöhnlichen Ausbesserungen des § 1042 beizuzählen.

§ 1047.

RG. 10. 3. 17, WarnE. 17, 221. § 1047 findet nicht ohne weiteres entspr. Anwendung auf das nicht eingetragene, nur schuldrechtlich begründete Recht zur lebenslänglichen Benutzung eines Grundstücks; es ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.

§ 1061.

1. KG. 23. 11. 16, KGJ. 49, 191. Ein Nießbrauch am ganzen Grundstück ist für A und B je zur Hälfte bestellt. B stirbt. Es erfolgt weder Anwachsung des Bruchteils des B an A, noch geht derselbe auf den Eigentümer über; beides würde gegen § 1061 verstoßen. Auch eine Umwandlung des A'schen Mitnießbrauchs in Alleinnießbrauch an einem Grundstücksbruchteil ist mangels gesetzlicher Grundlage undenkbar. Vielmehr erlischt der Anteil des B (§ 1061). Es kann aber der Eigentümer einen neuen Nießbrauchbruchteil estellen. Dies widerstreitet nicht dem Wesen des Nießbrauchs. Der Nießbrauch ist teilbar. Wie er von vornherein für mehrere gemeinschaftlich begründet werden kann, so kann auch nachträglich für den weggefallenen ein neuer Anteil bestellt werden.

2. Starck, Kann der Eigentümer einer juristischen Person, für die eine Darlehnshypothek eingetragen ist, den Nießbrauch an seinem Grundstück „auf die Dauer des Darlehnsverhältnisses" bestellen, um derselben die regelmäßige Verzinsung und Abtragung der Darlehnshypothek zu sichern? ZBlFG. 17, 381. Die Verneinung der Frage ergibt sich aus § 1061. Der Nießbrauch erlischt mit dem Untergang der juristischen Person, während es möglich ist, daß das Darlehensverhältnis das Bestehen der jurist. Person überdauert.

§ 1064.

Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts, ABürgR. 42, 296ff., 305/6. Bei Nießbrauch und Pfandrecht an bewegl. Sachen (vgl. auch § 1255 BGB.) genügt zur rechtsgeschäftl. Aufhebung des Rechts die Erklärung gegenüber dem Eigentümer oder Besteller, daß das Recht aufgegeben werde. Besitzaufgabe ist nicht erforderlich. In der Tat ist bei Nießbrauch und Pfandrecht eine Besitzaufgabe nur durch Rückgabe an den Eigentümer bzw. Besteller möglich; eine Besitzaufgabe in der Art der Aufgabe des Eigentums würde den Aufgebenden schadensersatzpflichtig machen, weil sie wider die Rechte und Interessen des Bestellers verstoßen würde. Die Besitzaufgabe eignet sich zum Verzichtsmittel nur da, wo die Sache damit ins Leere fällt, weil keinerlei verletzbares Recht an ihr besteht.

§ 1068.

*Fuchs. Forderungs-Nießbrauch und Forderungs-Pfandrecht sind Sachenrechte, wahre dingliche Rechte. Fischers Einwurf, daß es logisch unmöglich sei, ein abgeleitetes Recht (Nießbrauch, Pfandrecht) an einem relativen Recht (Forderung) zu

einem absoluten (dinglichen) Recht zu gestalten, verwechselt Gegenstand und Inhalt des Rechts, die Richtung des Rechts gegen den Schuldner und die Rechtsstellung des Rechtsnachfolgers gegenüber dem Autor. Natürlich hat der Nießbraucher kein dingliches Recht aus der Forderung gegen den Schuldner, aber an der Forderung gegen alle Forderungsprätendenten. Für das Forderungsrecht in der Ruhe, also für die Fragen, bei denen es sich nicht um das Verhältnis zum Schuldner handelt, sondern darum: wer von mehreren ist der Berechtigte, ein Pfändungsgläubiger oder ein Zessionar? wie wird das Recht übertragen? wo ist der Sitz der Forderung? kommt man mit bloßen obligatorischen Normen ohne Vergegenständlichung des Rechts nicht aus und müssen sachenrechtliche Normen herangezogen werden. Konnte das BGB. im Anschlusse an deutsche Rechtsentwicklung Rechte zu Sachen (§ 96) das Erbbaurecht zu einer Grundstückssache machen, — warum will man sich daran stoßen, daß das BGB. Forderung und Rechte zum Gegenstand eines begrenzten Rechts an der Sache macht?

§ 1077.

RG. 23. 2. 17, R. 17 Nr. 635. Wie der Nießbraucher an einer Hypothekenforderung Zahlung des vollen Hypothekenbetrages an sich und den Gläubiger fordern kann, so kann er, wenn durch Verschulden eines Dritten die Hypothek ausgefallen ist, auch von diesem Dritten als Schadensersatz Zahlung des vollen Betrages an sich und den Gläubiger verlangen; er ist nicht auf Ersatz lediglich des ihm verloren gegangenen Zinsverlustes beschränkt. Insofern kann der Nießbraucher auch Ersatz eines Schadens beanspruchen, der nicht ihm, sondern einem anderen, nämlich dem Gläubiger, entstanden ist (vgl. **RG.** 62, 334; 87, 292).

§ 1085.

*Fuchs. Nur bei der Bestellung des Nießbrauchs wird das Vermögen in seine einzelnen Bestandteile aufgelöst. Nach der Bestellung zeigt sich die sachenrechtliche Einheit des Vermögens. Es gelten dann nämlich gemäß Satz 2 die Vorschriften der §§ 1086—1088, also ein Sonderrecht, das lediglich für das Vermögen als Ganzes, nicht für die einzelnen Teile gilt. Deshalb kann aus den Bestellungsnormen und -formen nichts gegen die Auffassung des Vermögens als sachenrechtliche Einheit gefolgert werden und dies um so weniger, als eine Spezialisierung nur für Modus, nicht für die Einigung und auch nicht immer für den Modus erfordert wird. Was die Einigung anlangt, so muß hierbei von den Beteiligten zum Ausdruck gebracht werden, daß die Einzelgegenstände nur als Teile eines Ganzen in Betracht kommen; denn für die Einzelnießbrauche als solche gilt kein Sonderrecht (37). Wenn Miterben ihre Erbteile mit einem Nießbrauch belasten, so findet eine Auflösung des Inbegriffs in seine einzelnen Teile zum Zwecke der Nießbrauchsbestellung überhaupt nicht statt (38).

Dritter Titel. Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090.

Mayer, Gesetzlicher Übergang der beschränkt persönl. Dienstbarkeit oder Erlöschen? BayNotZ. 17, 249. Im Urteil vom 19. 4. 15 (— JDR. 14 zu § 1192 —) hat das LG. Weiden entschieden, eine beschränkt persönl. Dienstbarkeit gehe bei einer die Aktiven und Passiven umfassenden Übernahme des Geschäfts einer o. HG. durch einen der Gesellschafter als Alleininhaber auf diesen über, da infolge der Anteilszuwachsung (§ 738 BGB.) keine Übertragung i. S. des § 1092, sondern Übergang kraft Gesetzes vorliege. Diese auch von Kohler (RheinZ. 11, 419) geteilte Ansicht ist unzutreffend. Der Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher Übertragung und gesetzl. Übergang entspricht nicht dem Sprachgebrauch des Gesetzes, er verstößt insbesondere gegen § 412 BGB. Aus §§ 412, 413, 399 ist vielmehr in entspr. Anwendung zu folgern, daß der gesetzl. Übergang nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der Ausschluß durch Vertrag festgesetzt ist, sondern auch wenn umgekehrt der vertragsmäßige Übergang durch Gesetz ausgeschlossen ist. Nicht Übergang, sondern Erlöschen

der beschränkt persönl. Dienstbarkeit erfolgt regelmäßig auch, wenn sie für eine Gemeinde eingetragen ist und diese geteilt oder mit einer anderen vereinigt wird (anders Kohler).

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105.

1. KG. 10. 10. 16, OLG. 34, 167. Weder der öffentl.-rechtl. Charakter der Straßen, noch das Eigentum der Gemeinde an ihnen schließt die Begründung und die Fortdauer privatrechtl. Beziehungen zur Straße aus. Insbesondere kann die Verpflichtung zur Beleuchtung und zum Nachtwächterdienst an und auf einer öffentlichen Straße Gegenstand eines privatrechtl. Vertrages sein.

2. Rostock 24. 8. 15, OLG. 34, 175. Die für den Beginn der Reallast beigefügte Zeitbestimmung „beginnend mit dem Tag der Übergabe der Hufe, die sofort . . . zu erfolgen hat", läßt den Beginn der Verpflichtung nicht im unklaren; vielmehr ist er unzweideutig an die Übergabe der Hufe selbst geknüpft, und der nachfolgende Satz „die sofort zu erfolgen hat" ist dafür bedeutungslos. In der GBO. befindet sich keine Vorschrift, daß ein kalendermäßig festgesetzter Anfangspunkt bezeichnet werden müßte. Ebenso wie die Eintragung unter einer Bedingung oder unter Beifügung einer ungewissen Zeitbestimmung erfolgen kann, ist deshalb auch die Eintragung einer Reallast etwa mit dem Zusatze „zahlbar von der Übergabe der Hufe an" zulässig und möglich.

3. München 21. 4. 17, OLG. 35, 327. Wenn Kl. behauptet, daß der Besitzer des gegnerischen Anwesens seit unvordenklichen Zeiten zur Unterhaltung der Brücke verpflichtet sei, so stützt er sich nicht auf eine Grunddienstbarkeit, da es am herrschenden Grundstück fehlt, → ? ←, sondern nimmt eine Reallast für sich in Anspruch.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung zum Hypothekenrecht nimmt wieder den größten Umfang im sachenrechtl. Berichtsgebiet ein. Praktisch wichtig für das Hypothekengeschäft größerer Banken ist die Entscheidung des KG. in Ziff. 3 zu § 1113. Hier hat das KG. einen Weg gewiesen, durch den die bei großen Bankhypotheken übliche Entschädigung für vorzeitige Fälligkeit, auch bei nach Jahren erfolgter Verlängerung der Geltungsdauer den gleichen Rang mit der Hypothek beibehalten kann, ein Ergebnis, zu dem die Praxis bisher immer erst auf Umwegen gelangte. Zu eigenartigen, aber gewiß richtigen Ergebnissen kommt das BayObLG. in einer zu § 1114 veröffentlichten Entsch., die sich mit der Hypothekenbelastung von Miteigentumsanteilen befaßt. Großes Interesse der Schriftsteller erwecken noch immer die Bestimmungen, welche sich mit der Haftung der Versicherungsforderungen für die Hypothek befassen. Neben den Arbeiten von Werneburg und Heine ist hier namentlich auf die Schrift Schneiders über Versicherungshypothekenrecht hinzuweisen. Die Auffassung Schneiders vom Wesen der Haftung der Versicherungsforderung — er leugnet die Pfandrechtsnatur oder -ähnlichkeit dieser Haftung — so geistvoll sie auch durchgeführt ist, wird bei dem Wortlaut des Gesetzes und den Äußerungen der Gesetzesmaterialien zweifellos Widerspruch erwecken. Wichtige Einzelheiten aus dem Hypothekenrecht, namentlich zu §§ 1138 und 1153, erörtert Busch in seiner mehrfach angezogenen Abhandlung „Zum Recht der der Hypothekenschuldurkunde". Einen interessanten Fall einer Blankozession behandelt das KG. zu § 1154. Es zeigt sich, daß der Geschäftsverkehr doch noch immer an den Formvorschriften dieses Rechtsgebietes Schiffbruch leidet. Die vom übrigen Hypothekenrecht in vielen Beziehungen abweichende Hypothek für Zinsrückstände bespricht Hoeniger (zu 1159). Im Recht der Eigentümerhypothek finden sich neben einigen weniger belangreichen RGErkenntnissen die sehr lehrreiche Verfügung des hessischen JustMin. über die Pfändung von Eigentümerbuchhypotheken und der dazu erschienene Aufsatz von Schwarz. Eine wichtige Entsch. des RG. zu den praktisch hervorragend bedeutsamen Vorschriften der §§ 1164f. findet sich in der amtlichen Sammlung, die Entstehung der Gesetzesvorschriften aus wirtschaftl. Erwägungen heraus ist ausführlich dargelegt. Übrigens hält das RG. an seinem früheren Standpunkt fest, daß der Ersteher in der ZwVerst. im allgemeinen nicht als Rechtsnachfolger des Versteigerungsschuldners zu gelten habe. Den § 1165 wendet das RG. in einer zu diesem Paragraphen angezogenen Entsch. auch auf Gesamthypotheken an. Die Frage des Zinsrechts des Ehemanns an der Frauenhypothek ist zu § 1178 vom KG. mit der herrsch.

Meinung dahin beantwortet worden, daß, um das Zinsrecht des Ehemannes zu erhalten, dieser auf sein Nutznießungsrecht ausdrücklich verzichten muß. In einer wichtigen Entsch. vom 29. 9. 17 befaßt sich das RG. mit der Frage, ob auch Verkehrshypotheken zur Sicherung von ziffermäßig noch nicht feststehenden Ausfallsforderungen verwendet werden können. Die Frage wird bejaht und hierbei der Unterschied zwischen Verkehrsphyhothek, gewöhnlicher Sicherungshypothek und Höchstbetragshypothek dargelegt. Mit den Rechtsverhältnissen der Wertpapierhypothek befaßt sich ausführlich Werneburg (zu § 1178). In einer wichtigen Entsch. hat das KG. ausgesprochen, daß die Eintragung einzelner Höchstbetragshypotheken auf verschiedenen Grundstücken für denselben Forderungskreis unzulässig ist. Hiermit wird ein für die Verkehrshypothek bereits wiederholt ausgesprochener Rechtsgrundsatz auch auf Höchstbetragshypotheken übertragen.

Schrifttum: Busch, Zum Recht der Hypothekenschuldurkunde, ZBlFG. 17, 329. — Du Chesne, Wirtschaftliches Wesen und rechtl. Konstruktion der Hypothek und Grundschuld, SächsRpflA. 17, 246. — Hoeniger, Die Hypothek für abgetretene Zinsrückstände, DNotV. 17, 6. — Kriener, Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis, BayNotZ. 17, 1 (enthält im wesentlichen nur schuldrechtl. Darlegungen; zu vgl. 2 zu § 416). — Mauer, Die Tilgungshypothek im landwirtschaftl. Kreditwesen, BankA. 17, 243. — Fritz Meyer, Schwere wirtschaftliche und gesetzliche Mißstände beim Besitzwechsel städtischer Hausgrundstücke und Mittel zu deren Beseitigung, DNotV. 17, 130 (beschäftigt sich im wesentlichen mit § 416 BGB.). — K. Schneider, Deutsches Versicherungshypothekenrecht (Nr. 3, 4 WuRVers. 1917), Kiel. — Werneburg, Die Wertpapierhypothek, HoldheimsMSchr. 17, 2.

§§ 1113 ff.

*Fuchs. Einen einheitlichen Pfandrechtsbegriff, der auch Hypothek und Grundschuld als Grundpfänder umfaßt, gibt es nicht. Die Grundschuld ist nicht „Pfand", weil sie nicht akzessorisch ist; nicht Pfandrecht, weil der Gläubiger nicht selbst das Grundstück veräußert und sich befriedigt, weil das BGB. bestimmt, daß die Belastung darin besteht, daß aus dem Grundstück zu zahlen ist, und weil die Hypothek aus dem Pfandrecht herausgenommen, mit der Grundschuld vereinigt und modifizierte Grundschuld geworden ist. Nach der Definition des „Pfandrechts" schlechthin — man vgl. die Klammer (Pfandrecht) in § 1204 — ist es eine Belastung zur Sicherung einer Forderung. Die Hypothek ist nicht etwa um deswegen Pfandrecht, weil sie zur Sicherung einer Forderung dient, denn nicht jede Sicherung ist Pfandrecht. Die Sicherung erscheint in drei Rechtsformen: in der Eigentumsform (fiducia), Besitz- und Belastungsform (pignus) und in der Obligationsform (Bürgschaft). So wenig die fiducia und die Bürgschaft Pfandrechte sind, weil sie sicherstellende Rechtsverhältnisse sind, so wenig ist eine Sicherung, die in der Belastung, aus dem Grundstücke zu zahlen besteht, ein Pfandrecht. Pfandrecht heißt Befriedigung aus der Sache suchen, die Sache selbst verwerten, nicht Anspruch auf Zahlung haben. Die Unterschiede, die Wolff zwischen Fahrnispfandrecht und Hypothek aufzählt, daß der Hypothekengläubiger nicht besitzt, daß im wirtschaftlichen Leben nicht die Forderung das Hauptrecht und die Hypothek Nebensache, sondern das Umgekehrte richtig ist, daß deshalb die Hypothek der Forderung ihr Liegenschaftsrecht aufzwingt, nicht umgekehrt die Forderung der Hypothek das Schuldrecht, daß man im Leben eine Hypothek, nie aber ein Mobiliarpfandrecht, sich zedieren läßt, beweisen, daß die Einstellung der Hypothek in das Pfandrecht nicht bloß dem System des Gesetzes, sondern auch der wirtschaftlichen und natürlichen Auffassung der Dinge widerspricht.

*Fuchs. Unter den Worten „Zahlen aus dem Grundstück" ist eine auf die Kräfte des Grundstücks beschränkte, im Rahmen des Grundstückswertes sich haltende Zahlungspflicht des Eigentümers zu verstehen. Der Eigentümer haftet an sich cum viribus, aber nur soweit er nicht zahlt; er braucht sich das Grundstück erst wegnehmen zu lassen, wenn er nicht zahlt; er muß also zahlen, um die Wegnahme zu vermeiden. Damit ist nicht gesagt, daß er nur aus dem im Wege der ZwVollstr. zu erzielenden Ertrage oder dem Erlöse des Grundstücks zu zahlen hat: er kann auch aus den Nutzungen, aus dem Gegenwert für Neubelastungen zahlen. Hat der Eigentümer freiwillig gezahlt, so hat er nicht eine Nichtschuld gezahlt. Von einer condictio indebiti kann keine Rede sein; er war zahlungspflichtig.

Man mag, dem Sprachgebrauch des BGB. folgend, im Gegensatze zur persönlichen Haftung von beschränkter (reiner) Sachhaftung sprechen; nur täusche man sich darüber nicht, daß nicht bloß die Haftung, sondern auch die Schuld (das Leistensollen und Bekommensollen) beschränkt ist, und daß auch in soweit Schuld und Haftung nicht auseinanderfallen. Daß „Zahlung" aus dem Grundstück nur durch ZwVollstr. erfolgen könne, ist aus § 1147 in Verb. mit §§ 1142, 1149, 1150 nicht zu entnehmen. — Daß der Hypothek- und Grundschuldgläubiger mit seinem Anspruche aus der Hypothek gegen einen Geldanspruch des Eigentümers nicht aufrechnen kann, ist im Gesetze nicht gesagt. Ob die herrsch. Meinung mit Recht dem Gläubiger die Aufrechnung versagt, ist erst noch zu erweisen. Selbst wenn man sich für die Versagung entscheidet, folgt damit nichts gegen die Zahlungspflicht des Eigentümers. Hätte die ZPO. die Zahlungspflicht des Eigentümers verneinen wollen, so hätte sie weder von Ansprüchen aus einer Hypothek, noch von Verpflichtungen, die auf einem Grundstück ruhen, sprechen dürfen. Ihre Terminologie in der Lehre von der Hypothek ist mit noch größerer Vorsicht aufzunehmen als die des BGB. — Der aufrechnende Eigentümer muß sich behandeln lassen, als wenn er unbeschränkt haftet. Der Hypothekengläubiger seinerseits darf nicht aufrechnen gegen eine Forderung des Eigentümers, weil dieser für die Hyp.- und Grundschuld nur cum viribus des Grundstücks haftet. Das folgt aus den Worten: zahlen aus dem Grundstück.

§ 1113.

1. Kiel 30. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 88. Die unrichtige Bezeichnung des Schuldners einer hyp. gesicherten Forderung hat nicht die Nichtigkeit der Hyp. zur Folge, sondern macht nur das Grundbuch berichtigungsbedürftig. Der Tatbestand liegt gleich den Fällen, in denen der Schuldgrund falsch bezeichnet oder der Gläubiger unrichtig angegeben ist. Die Unrichtigkeit der Eintragung hat nur zur Folge, daß derjenige, der aus der Eintragung Rechte für sich herleiten will, den wahren Sachverhalt aufdecken und beweisen muß (Güthe I 893, OLG. 14, 126, RGRKomm. III 421, 349).

2. **RG.** 6. 10. 17, R. 17 Nr. 2018. In der Rechtspr. ist anerkannt, daß Verkehrs-, insbesondere Darlehnshyp. des § 607 BGB. gleich Höchstbetragshypotheken verwendet und auch für künftige Verpflichtungen bestellt werden können (**RG.** 60, 244, Gruchots Beitr. 51, 378, ZBlFG. 10, 34; 16, 578). Hier handelt es sich um Wechselschulden, bei denen die Erneuerung der laufenden Wechsel ganz gewöhnlich und ausdrücklich in Aussicht genommen war. Die Hypothek dient daher auch zur Sicherung der Prolongationswechsel.

3. **RG.** 29. 6. 16, KGBl. 17, 72, KGJ. 49, 214, OLG. 34, 201. Bei der Hyp. einer Bank war eine Nebenleistung dahin eingetragen, daß bei vorzeitiger Rückzahlung des am 1. 4. 16 fälligen Kapitals der Bank eine Entschädigung von ½ % für jedes bis 1. 4. 16 noch nicht abgelaufene Kalenderjahr gezahlt werden sollte. Ende März 16 wurde mit den Rückzahlungsbedingungen auch der Entschädigungsvorbehalt dahin abgeändert, daß die Entschädigung nicht nur für den Fall vorzeitiger Rückzahlung, sondern auch anderweiter Fälligkeit des Kapitals gewährt werden solle. Die Bank hatte beantragt, die neue Entschädigung zu gleichem Rang mit der Hyp. einzutragen, das Grundbuchamt hatte sie aber mit nachstehendem Rang eingetragen. — Wenn das Grundbuchamt der Entschädigung den Rang hinter der Hyp. eingetragen hatte, hielt es offenbar insoweit eine Erweiterung der Hyp. für vorliegend. Tatsächlich wollten aber die Parteien die neue Entschädigung nicht neben, sondern an Stelle der alten eingetragen wissen. Mit der Eintragung der neuen Entschädigung wird nicht lediglich eine gewöhnliche im Wege der Einigung nach §§ 873, 877 sich vollziehende Inhaltsänderung der Hyp. vollzogen. Insoweit die Hyp. sich auf die frühere Entschädigung bezogen hatte, erstreckte sie sich auf eine aufschiebend bedingte Forderung, eine Nebenleistung i. S. des § 1113 Abs. 2 (Gruchot 57, 154); sie war also insoweit vorläufig als durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld entstanden (**RG.** 51, 43; 75, 250, KGJ. 45, 290). Die Bedingung

ist ausgefallen, die Hyp. also in Ansehung dieser Nebenleistung endgültig zur Eigentümergrundschuld geworden (KGJ. 32, 261, **RG.** 72, 362), die freilich stets einen der Haupthyp. akzessorischen Charakter behält, von deren Fortbestehen abhängig ist (**RG.** 74, 81, KGJ. 42, 270) und deren Gläubiger nicht der Eigentümer zur Zeit des Ausfalls der Bedingung, sondern der Besteller der Hyp. ist (**RG.** 51, 43, KGJ. 45, 290). Soll die dem gegenwärtigen Eigentümer zustehende Rangstelle der neuen Entschädigungsforderung nutzbar gemacht werden, so bedarf es einmal einer Inhaltsänderung der Eigentümergrundschuld (— Umwandlung in eine Hyp. für die neubegründete bedingte Entschädigungsforderung —) und außerdem der Abtretung des dinglichen Rechts an die Bank als Gläubigerin des Hauptrechts. Kommen diese Rechtsvorgänge grundbuchmäßig zum Ausdruck (KGJ. 40, 270; 45, 285), so liegt in der neuen Nebenleistung keine Erweiterung der Hypothek, sie ist alsdann zu gleichem Rang mit Kapital und Zinsen einzutragen.

§ 1114.

BayObLG. 6. 8. 17, BayObLG. 18, 101, BayRpflZ. 17, 326, OLG. 35, 329, R. 17 Nr. 2011. Der Wortlaut und der Zweck der Vorschrift des § 1114, die die Belastung von Bruchteilen wegen der sich für die Buchführung und die ZwVerst. ergebenden Schwierigkeiten tunlichst einschränken will, schließt sowohl eine Verfügung des Alleineigentümers, durch die eine Hyp. an einem Bruchteile des Grundstücks bestellt werden soll, als auch die Belastung eines Bruchteils des Anteils durch den Miteigentümer aus. Erwirbt der Miteigentümer eines Grundstücks zu seinem bisherigen Anteil einen weiteren Bruchteil hinzu, so hat er, gleichviel ob er dadurch Alleineigentümer wird oder Teileigentümer bleibt, von nun an nicht zwei besondere Bruchteile, sondern einen einheitl. Anteil von der Größe der beiden bisherigen Bruchteile; er kann also nur noch seinen ganzen Anteil, nicht einen der Größe eines der beiden bisherigen Bruchteile entsprechenden Bruchteil mit einer Hyp. belasten.

§ 1115.

1. **RG.** 26. 9. 17, R. 17 Nr. 2012. Die Eintragung einer Hyp. auf den Namen eines Einzelkaufmanns ist materiellrechtl. nicht unzulässig; denn unschwer läßt sich daraus die Person des Geschäftsinhabers ermitteln (**RG.** 72, 40, R. 09 Nr. 3371; 10 Nr. 459). Das Verbot des § 4 der PreußAllgVerf. v. 20. 11. 99 enthält nur eine Sollvorschrift, macht aber die entgegenstehende Eintragung nicht nichtig.

2. KG. 20. 7. 16, OLG. 34, 206. Die Vergütung für Talonsteuer ist, auch wenn sie in der für Zinsen üblichen Form ausbedungen ist — von einigen Hundertsteln des Kapitals —, nicht Zins-, sondern Nebenleistung i. S. des § 1115. Unter „Zins" ist der laufende Ertrag einer Kapitalschuld, wie der Schuldner ihn zu gewähren hat, zu verstehen, nicht aber jede andere Leistung, die zur Abgeltung von Bemühungen und Aufwendungen des Gläubigers oder aus anderen in der Person des Schuldners liegenden Gründen diesem auferlegt wird.

3. Hamburg 9. 2. 16, OLG. 34, 204. Ist aus dem Grundbuch ersichtlich, daß die Hyp. verzinslich ist, ergibt sich ferner die Höhe der Zinsen der zugrundeliegenden Forderung, so ist dieser Zinssatz auch der Zinspflicht in Ansehung der Hyp. zugrundezulegen.

4. Armbruster, Zur Frage der verzinslichen Frauen-Hypothek auf dem Grundstück des Mannes, DNotV. 17, 39 faßt kurz die Ergebnisse seiner Untersuchung LeipzZ. 16, 1286 zusammen; vgl. JDR. 15 Ziff. 3.

§§ 1116, 1117.

PrOVG. 19. 12. 14, OLG. 34, 205 Note 1. Die Vereinbarung, daß der Brief jederzeit auf das Verlangen des Gläubigers gebildet werden darf, ist rechtlich dahin zu beurteilen, daß die Erteilung des Briefes zunächst ausgeschlossen und nur eine spätere Aufhebung der Ausschließung vorgesehen wird; allein die Abrede über die spätere Erteilung des Br. ist ohne dingliche Wirkung und deshalb nicht eintragungsfähig; gilt daher der Zusatz als nicht eingetragen, so mangelt es auch an der Eintragung der Ausschließung des Br. Liegt aber eine Briefhyp. vor, so ist zwar eine Abtretung des durch die Vereinbarung begründeten

Rechts des Gläubigers zulässig; bei noch ausstehender Briefbildung ist aber nach § 1117 Abs. 2 zu verlangen, daß bereits die Erteilung des Br. bei dem Grundbuchamt beantragt worden ist. Hier ist nur die Eintragung der Abtretung der Hyp. beantragt, dieser Antrag ist aber nicht mit dem Antrag auf Bildung des Briefes gleichbedeutend. Daher war der Kl. am Tage der Zuschlagserteilung nicht HypGläubiger (PrOVG. 19. 12. 14; 68, 66).

§ 1117.

1. **RG.** 14. 10. 16, LeipzZ. 17, 122 siehe zu § 1160.

2. **RG.** 28. 4. 17, R. 17 Nr. 1425. Die Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 bedarf keiner Form und kann insbesondere auch ohne Gebrauch der dort bezeichneten Worte dadurch erfolgen, daß die den Antrag auf Aushändigung des Briefs an den Zessionar enthaltende Abtretungsurkunde vom bisherigen dem neuen Gläubiger übergeben und von diesem dem Grundbuchamt eingereicht wird (RG., GruchotsBeitr. 56, 983).

§ 1118.

RG. 21. 4. 17; 90, 171. Zu den in § 1118 genannten Kosten gehören nur die Kosten der unmittelbar auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichteten dingl. Klage gegen den Eigentümer, nicht dagegen die der persönl. Schuldklage, auch wenn diese gegen den Eigentümer, der zugleich persönl. Schuldner ist, gerichtet war, ebenso nicht die Kosten der Klage gegen den Eigentümer auf Erfüllung der schuldrechtl. Verpflichtung, die Hyp. zu bestellen.

§ 1119.

1. KG. 20. 1. 16 — JDR. Ziff. 2 — jetzt auch RJA. 15, 157, OLG. 35, 330.

2. Mayer, Rangwahrung für ausgesetzte Annuitätenzahlungen, BayRpflZ. 17, 78 u. 185 bespricht den Fall der Stundung einzelner Tilgungsraten (Annuitäten) einer Amortisationshyp., die dadurch erzielt wird, daß der Gläubiger auf mehrere Jahresraten verzichtet und die durch den Verzicht entstandene Eigentümergrundschuld nach Umwandlung in eine Hyp. zu gleichem Rang mit der Haupthyp. wiedererwirbt. Dadurch wird für die länger zurückliegenden Tilgungsraten der Abstieg in die 8. Klasse des § 10 ZVG. vermieden. Die Streitfrage ist, ob es möglich ist, für die neue Hypothek den Zinssatz der Haupthypothek auch dann wiederherzustellen, wenn er über 5% beträgt, ohne die Zustimmung der Gleich- oder nachstehend Berechtigten zu erlangen. Diese Frage wird mit eingehender Begründung bejaht. — Dasselbe Ziel wird erreicht durch bloße Änderung der Zahlungsbestimmungen derart, daß Abzahlungen während eines bestimmten Zeitraums nicht geleistet, sondern auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden und dadurch die Tilgungsdauer sich um einen gleich großen Zeitraum verlängern soll. Die verschobenen Zahlungen treten, weil in die Zukunft gerückt, ohne weiteres in die 4. Klasse des § 10 ZVG., solange sich nicht mit der fortschreitenden Zeit die Zukunft, auf die sie verschoben sind, in eine über 2 Jahre alte Vergangenheit verwandelt hat.

3. Lemme, Die nachträgliche Eintragung der Goldklausel, DJZ. 17, 235 bekämpft KG., KGJ. 48, 218ff. (vgl. JDR. 15 Ziff. 2), nach dem zur nachträglichen Eintragung der Goldklausel die Zustimmung der Zwischenberechtigten erforderlich ist (§ 1119 BGB.). Es kommt nicht § 1119 Abs. 2 in Frage, in dem die Änderung der Zahlungs*art* gar nicht erwähnt ist, sondern § 19 GBO. Es ist daher zu prüfen, ob das Recht der Zwischenberechtigten durch die Eintragung der Goldklausel „betroffen“ wird. Das ist zu verneinen; denn die Belastung des Grundstücks wird durch die Eintragung der Klausel nicht verstärkt, da die Leistungspflicht des Schuldners dadurch nur erschwert, unbequemer gemacht, nicht aber erhöht wird.

§§ 1120 ff.

1. Dresden 5. 2. 17, SächsRpfA. 17, 308. Als Entfernung i. S. der §§ 1120, 1121 ist es nicht anzusehen, wenn Grundstückszubehör (Vieh) nur auf den am Grundstück hinlaufenden öffentl. Weg hinausgebracht, aber sogleich in das Grundstück zurückgeführt wurde.

2. Werneburg, Die Erstreckung der Hyp. auf die Grundstücksfrüchte, HoldheimsMSchr. 17, 189 bespricht die in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen unter Heranziehung der einschlägigen Bestimmungen der ZPO. und des ZVG. ohne wesentlich neue Gesichtspunkte.

§§ 1121 ff.

RG. 7. 10. 16, JDR. 15 zu § 1121 u. § 1122, jetzt auch BayRpfl.Z 17, 51, GruchotsBeitr. 61, 319, LeipzZ. 17, 132.

§§ 1124, 1125.

Hamburg 31. 3. 15, OLG. 34, 207. Eine Vereinbarung des mit der Zinszahlung rückständigen Eigentümers (E.) mit dem Hypothekar (H.), der in dem der Hyp. unterworfenen Grundstück eine Wohnung mietet, dahingehend: „H. hat im ganzen 6187 M. an Miete zu bezahlen. E. verpflichtet sich, an H. 6187 M. zu zahlen. Es wird vereinbart, daß die Erfüllung dieser Verbindlichkeit durch Aufrechnung obiger Mietforderung geschehen soll" — ist dem Zwangsverwalter gegenüber als unwirksam anzusehen.

§§ 1127 ff.

1. *Schneider, Deutsches Versicherungshypothekenrecht, bringt die scharf ineinandergreifenden Bestimmungen des Versicherungs- und des HypRechts, insbesondere auch auf dem Gebiete der Vollstreckung der Hyp., zur Darstellung Dabei wird den einschlagenden Fragen von ihren Grundlagen ab nachgegangen, und die Begriffe „Grundstück" (auch nach dessen Bestandteilen und Zubehör) und „Hypothek" und ihre durch § 1127 vermittelte Beziehung zum Schadenversicherungsrechte erörtert. Sodann wird dargelegt, daß nach §1128 vorerst nur eine Zahlungssperre eintrete, danach aber infolge des „Widerspruchs" aus der bisherigen rechtlichen Anwartschaft für den einzelnen Hypothekar auch eine forderungspfandrechtliche Wirkung sich entwickle, — im wesentlichen Unterschiede von § 1129. Jener § 1128 wird weiter nach allen seinen Einzelheiten und rücksichtlich seines eigentlichen Wertes besprochen (130), zugleich unter eingehender Erläuterung des durch die §§ 100 bis 107 VVG. bei der Gebäudebrandversicherung stark vermehrten HypSchutzes, der dann noch durch die im Versicherungswesen vielfach üblichen HypVersicherungsscheine erhöht werde. Über sie und die Bedeutung des § 17 AFeuerVersB. spricht Verf. S. 172 ff. und S. 156, 168. Als vornehmlich schwierig ergeben sich die Fragen, ob § 101 VVG., wie bei „Nichtigkeit", so auch bei bloßer Anfechtung des Versicherungsvertrages (§ 142 Abs. 1 BGB.) zu gelten habe (132); und wie der § 102 VVG. im Zwangsvollstreckungsfalle einwirke (132, 141). Das Folgende dient der Erörterung, wie der Hypothekar durch Vollstreckung zu seinem Rechte auf die Entschädigungsforderung gelangen könne, — insbesondere bei Bestehen der sog. Wiederherstellungsklausel, und zwar hier im Hinblicke auf §§ 97—99 VVG.; ferner den Fragen, die, wohl zur Bekümmernis manchen Vollstreckungsrichters, bei solcher Verwirklichung des HypRechts in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung auftauchen. Aus alle dem werden schließlich praktische Winke für die Beteiligten, insbesondere die Versicherer, abgeleitet; und in einem letzten Abschnitte die neue österreichische Versicherungsordnung zum Vergleiche herangezogen. — Der Verf. weist verschiedentlich auf Unstimmigkeiten zwischen den besprochenen Gesetzesbestimmungen hin (109, 145), die vielleicht zu einer weiteren Prüfung Anlaß geben.

2. Werneburg, Zur hypothekarischen Haftung der Versicherungsforderung bei der Versicherung von Grundstückszubehör, ZBlFG. 17, 207 bespricht die in Frage kommenden gesetzl. Vorschriften ohne wesentliche neue Gesichtspunkte. Die streitige Frage, ob bei Veräußerung des Zubehörs durch Besitzkonstitut die hypothekarische Haftung bestehen bleibt, bejaht er.

§ 1128.

1. Heine, Die Rechte des Hypothekengläubigers an der Versicherungsforderung vor und nach Einleitung der ZwVerst. und ZwVerw. des Gebäudegrundstücks, ZBlFG.

17, 340. Gegenüber Werneburg (ZVglFG. 15, 504ff. — vgl. JDR. 14 Ziff. 3 zu § 1127) ist anzunehmen, daß das Pfandrecht des Hypothekars an der Versicherungsforderung nicht schon durch Versäumen der einmonatigen Widerspruchsfrist des § 1128 Abs. 1 erlischt, sondern erst dann, wenn der Versicherungsnehmer nach Ablauf dieser Frist die Entschädigungssumme an den Versicherten auszahlt. Eine nach Ablauf der Monatsfrist an den Hypothekar erfolgte Zahlung ist wirksam. Bis zur Zahlung an den Versicherten kann auch nach Ablauf der Frist der Hypothekar den Anspruch des Versicherten auf die Versicherungssumme pfänden. Pfändet er auf Grund dinglicher Titel, so steht sein Pfandrecht im Rang seiner Hypothek. Entgegen der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß rechtzeitiger Widerspruch eines Hypothekars die Zahlungssperre für alle bewirkt. Das gesetzliche Recht des HypGläubigers, Zahlung an sich bzw. an den Versicherten und sich zu verlangen (§§ 1281, 1282), wird durch die in den allgemeinen Versicherungsbedingungen fast aller Gesellschaften übliche Wiederaufbauklausel praktisch außer Kraft gesetzt, und es tritt nur dann wieder zutage, wenn der Wiederaufbau, z. B. infolge behördlichen Verbots, entfällt. Durch Zahlung der Versicherungssumme seitens des Versicherers an den ersten Hypothekar entsteht eine Eigentümerhyp. (RG. 56, 325). Das Entstehen derselben können nachstehende Hypothekengläubiger verhindern nicht nur durch Widerspruch und Immobiliarbeschlagnahme, sondern auch, indem sie auf Grund dinglichen Titels die Versicherungsforderung pfänden, sich überweisen lassen und einziehen; dies stellt sich als eine das Erlöschen der Hyp. nach § 1181 Abs. 1 nach sich ziehende Befriedigung aus dem Grundstück dar.

2. Küster, Geltendmachung des Anspruchs auf Geldentschädigung wegen bergbaulicher Einwirkung, wenn das geschädigte Grundstück mit Hypotheken belastet ist, Gruchots Beitr. 61, 747. Gemäß Art. 148 Abs. 2 AllgBergG., Art. 67 Abs. 2, 52, 53 EGBGB. ist auf den Entschädigungsanspruch § 1128 BGB. entsprechend anwendbar. Von der herrsch. Meinung ausgehend, daß nach § 1128 der HypGläubiger von Anfang an ein gesetzl. Pfandrecht an der Entschädigungsforderung hat, → abw. Schneider, oben §§ 1127ff. Ziff. 1 ←, wird die Geltendmachung des Anspruchs unter Heranziehung der §§ 1281ff. besprochen, insbesondere auch das Anzeigeverfahren nach § 1128 Abs. 1 ausführlich erörtert.

3. Werneburg, Die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers zum Versicherer und Versicherungsnehmer nach dem BGB. und VVG. wiederholt im wesentlichen seine Ausführungen, über die in JDR. 15 Ziff. 2 zu §§ 1127ff., zu § 1128 u. § 1130 berichtet ist.

4. Werneburg, Die rechtl. Stellung des Versicherungsnehmers zu dem Hypothekengläubiger bei der Feuerversicherung, GruchotsBeitr. 61, 229 begründet gegen Kisch (LeipzZ. 13, 38ff. — JDR. 13 zu § 1127) nochmals ausführlich seine schon BadNotZ. 16, 1 (JDR. 15 zu 1128) vertretene Ansicht, daß nicht nur zur Aufhebung einzelner Forderungen aus dem Versicherungsverhältnis, sondern auch zur Auflösung des Versicherungsvertrages als Ganzen die Zustimmung der Hypothekare erforderlich ist.

§ 1133.

KG. 17. 12. 15, OLG. 34, 211. Zweck der Fristbestimmung aus § 1133 ist, dem Eigentümer Gelegenheit zur Beseitigung der Gefährdung zu geben. Überträgt man den Gedanken der zu § 326 vorliegenden Rechtspr. auf § 1133, so wäre eine Fristbestimmung aus § 1133 nur dann entbehrlich, wenn der Eigentümer ernstlich ablehnt die Gefährdung zu beseitigen; denn das ist die Handlung, die er innerhalb der Frist vornehmen soll. Der Umstand, daß er die Rückzahlung der Hyp., also die Folge des Fristablaufs aus § 1133, verweigerte, ist für die Frage, ob die Frist erforderlich war, natürlich unerheblich. Der Gläubiger kann daraus die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nicht folgern; denn die Weigerung bezieht sich nicht auf diejenige Handlung, die innerhalb der Frist vorzunehmen war, sondern auf diejenige, deren Voraussetzung der fruchtlose Ablauf der Frist ist. Die Frage, ob eine wirkliche Weigerung vorliegt, ist streng zu beurteilen. Nach § 1133 hängt das Kündigungsrecht davon ab, daß die Gefährdung weder durch eine Verbesserung des Grundstücks noch durch anderweite HypBestellung beseitigt wird. Wenn durch das hypothekarisch gesicherte Schuld-

verhältnis die Pflicht zur Annahme anderweitiger HypBestellung ausgeschlossen sein sollte, und der Gläubiger diese daraufhin verweigert, erwächst ihm nicht das Kündigungsrecht aus § 1133. Das Gesetz fordert nur eine Beseitigung durch Verbesserung des verschlechterten Grundstücks, also nur die Herstellung eines besseren Zustandes, der auch ein anderer als der frühere vor Eintritt der Verschlechterung vorhanden gewesene sein kann.

§ 1134.

Dresden 12. 10. 16, OLG. 34, 213. Daß die Verschlechterung des Grundstücks durch ein Naturereignis herbeigeführt worden ist, ist einflußlos. Als Verschlechterung eines landw. Grundstücks ist es anzusehen, daß der Eigentümer die sämtlichen Vorräte der Ernte 1915 und das Vieh im Jahre 1915 verkauft hat, ohne Ersatzstücke dafür anzuschaffen.

§ 1138.

1. **RG.** 14. 4. 17, LeipzZ. 17, 1072, R. 17 Nr. 1827 behandelt einen Fall gutgläubigen HypErwerbs ohne Aufstellung bemerkenswerter Rechtsgrundsätze.

2. Busch, Zum Recht der Hypothekenschuldurkunde, ZBlFG. 17, 329. Fallen die dingl. und persönl. Rechtsbeziehungen zusammen, so sind Gläubiger und Schuldner jederzeit in der Lage, durch Zurückgreifen auf das persönl. Schuldverhältnis die Berufung auf den Inhalt des Grundbuchs zu entkräften. Hiernach ist auch der gutgläubige Erwerber einer HypForderung nicht geschützt gegen nicht eingetragene Teilungsabreden, die der Schuldner gegen ihn auf Grund der Vereinbarung mit dem Vorgläubiger geltend macht. Die Vorschrift des § 1138 gilt nur für das dingl. (hypothekarische) Gläubigerrecht, nicht für das persönl. Forderungsrecht.

§ 1141.

Rostock 19. 11. 15, OLG. 34, 214. Die Kündigung der Hyp. an den noch nicht eingetragenen Erwerber des belasteten Grundstücks ist gegen den sofort erklärten Widerspruch des Erwerbers wirkungslos.

§ 1143.

Posen 8. 1. 14, OLG. 35, 331. Der Kl., der als lediglich dinglich haftender Grundeigner eine Hypothek dem Gläubiger hat auszahlen müssen, nimmt die Bekl. aus der für die Hyp. übernommenen Bürgschaft in Anspruch. Das LG. hat abgewiesen, weil gemäß § 776 das Pfand endgültig die Schuld zu tragen habe und deshalb der zahlende dingliche Schuldner die Schuld nicht nochmals auf den Bürgen zurück abwälzen könne. Die Berufung ist begründet. Der im § 1143 bestimmte Übergang umfaßt nach § 401 die Hyp.- oder Pfandrechte, die für die Forderung bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft. Dies ist nach § 412 auf die Übertragung einer Forderung kraft Ges. entsprechend anzuwenden; es bedarf dann weder einer besonderen Abtretung, noch bezüglich der Hyp. der Eintragung in das Grundbuch, noch bei einer Briefhyp. der Übergabe des Briefes (RGKomm. § 1143[6]). Die Bekl. haften daher dem Kl. für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des ursprünglichen Schuldners nach § 765. Eine Vorschrift, daß der gesetzliche Forderungsübergang überhaupt zu verneinen ist, kann keiner gesetzlichen Bestimmung entnommen werden, besonders nicht der Verweisung des § 1143 auf § 774[1]. Ebensowenig steht dem Kl. wie mehreren Mitbürgen untereinander nur eine nach den Grunds. der Ausgleichung eingeschränkte Erstattungsforderung zu. Der § 1143 führt den § 774[2] nicht an. Es ist auch für eine entspr. Anwendung der §§ 774[2], 426 kein Raum; denn der Gedanke, daß zwischen dem nur dinglich haftenden Grundeigner und dem mit seinem ganzen Vermögen zur Einstehung für die Hauptschuld verpflichteten Bürgen ein Gesamtschuldverhältnis besteht, ist abzuweisen. Der Satz: Mehrere Sicherungsverpflichtete haften untereinander wie Gesamtschuldner, kann nicht allgemein aufgestellt werden.

§ 1147.

KG. 8. 5. 17, OLG. 35, 332. Der Kl. der sich auf Grund persönl. Schuldtitels eine Sicherungshypothek hat eintragen lassen, kann das so erlangte dingl. Recht mit der dingl.

Klage geltend machen. Trotz des schon vorhandenen persönl. Titels ist das Rechtsschutzbedürfnis nicht zu verneinen; denn durch den dingl. Titel erlangt der Kl. mehr Rechte, als er schon auf Grund des persönl. Schuldtitels hatte (wird näher ausgeführt).

§ 1150.

1. BayObLG. 21. 1. 16 — JDR. 15 Ziff. 1 — jetzt auch RJA. 15, 160.

2. **RG.** 16. 2. 16, vgl. JDR. 15 Ziff. 2, jetzt auch ZBlFG. 17, 355.

§ 1151.

Dresden 4. 11. 16, OLG. 35, 335, SächsOLG. 38, 36, ZBlFG. 17, 384. Wird eine Höchstbetragshyp. geteilt, so bedarf es zur Rangänderung der Teilhyp. der Zustimmung des Eigentümers selbst dann nicht, wenn in Höhe des zurücktretenden Teils die Forderung der Kreditgeberin nicht voll belegt ist. Denn es sind auch die auflaufenden Zinsen in den Höchstbetrag einzurechnen. Nach § 1113 Abs. 2 kann die Hyp. auch für eine künftige Forderung bestellt werden, und es muß deshalb auch zulässig sein, bei der Teilung der Forderung, für die eine Höchstbetragshyp. besteht, den noch nicht erfüllten, aber möglicherweise noch entstehenden Teil der Forderung in die Teilung einzubeziehen.

§ 1153.

1. **RG.** 3. 3. 17, LeipzZ. 17, 792, WarnE. 17, 223. Schon § 401 BGB. bestimmt den Mitübergang der Nebenrechte auf den neuen Gläubiger. Während diese Vorschrift aber nicht zwingendes Recht enthält, ordnet § 1153 für die Hyp. diesen Zusammenhang als einen unlösbaren an, von gewissen hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen, und zwar, wie die Mot. sich ausdrücken, weil die Übertragung der Forderung ohne die Hyp. ein in sich widerspruchsvoller Akt sein würde, da die lediglich zur Sicherung der Forderung dienende Hyp. nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen könne, für den früheren Gläubiger aber ein inhaltloses und folglich nutzloses Recht sein würde (Mugdan, Mat. 3, 394).

2. KG. 10. 7. 16, KGJ. 49, 207. Bedingte Abtretungen von Hypotheken sind zulässig (**RG.** JW. 12, 681).

3. Busch, Zum Recht der Hypothekenschuldurkunde, ZBlFG. 17, 329, 334. Da die der Hyp. zugrundeliegende Forderung durch Rückzahlung durch den zugleich persönlich haftenden Grundstückseigentümer erlischt, können Hypothekar und Eigentümer ihr Weiterbestehen auch nicht etwa vereinbaren. Ein unmittelbarer Übergang der Hyp. auf einen neuen Geldgeber ist deshalb auch nur möglich, wenn der bisherige und der neue Gläubiger sich vor der Zahlung über den Übergang einigen. Wenn, wie es häufig vorkommt, die Zahlung der Einigung vorhergeht, so ist es unmöglich, daß durch Abtretung der Forderung die Hyp. in ihrer bisherigen Gestalt auf den neuen Geldgeber übergeht. Doch wird regelmäßig auf andere Weise der beabsichtigte Zweck erreicht. Da die Abtretung an den neuen Geldgeber meist im Interesse des Eigentümers liegt, ist diese Verfügung des bisherigen Gläubigers als solche eines Nichtberechtigten unter Zustimmung des berechtigten Eigentümers wirksam (§ 185). Der neue Gläubiger erwirbt die dingliche Belastung als Grundschuld; überträgt dieser sie an einen Gutgläubigen weiter, so lebt gemäß § 892 die Hyp. wieder auf. Wenn der Eigentümer die ihm zugefallene Grundschuld unter Umwandlung in eine Hyp. weiterüberträgt, so verlangt die neuere Rechtspr. des KG. vom Eigentümer den Nachweis, daß er die Hyp. als Grundschuld und nicht als Hyp. gemäß § 1143 Abs. 1 S. 1 in Verb. mit § 1153 erworben habe (RJA. 13, 128, anders nach ZBlFG. 12, 800). Der HypGläubiger braucht sich auf die Abtretung der Hyp. an den neuen Gläubiger gegen Zahlung des Kapitals nicht einzulassen (KGJ. 39, 230). Ein Anspruch des Eigentümers auf Abtretung der Hyp. an den neuen Geldgeber bedarf dem bisherigen Gläubiger gegenüber besonderer Vereinbarung.

§§ 1154 ff.

KG. 20. 3. 17, OLG. 35, 337. Für M. ist eine nichtvalutierte Hypothek auf dem Grundstück des Kl. eingetragen. M. gab dem T. auf Schuld den HypBrief und eine Blanko-

zessionsurkunde. T. setzte in die Urkunde den Namen des Bekl., auf den Umschreibung im GB. erfolgte. Kl. fordert als Inh. der Eigentümergrundschuld vom Bekl. Brief und Löschungsbewilligung. Die Klage hat Erfolg. Gutgläubiger Erwerb nach § 892 liegt nicht vor. Bekl. hat nicht von dem Buchgläubiger M., sondern von T. erworben; dieser aber hat keinerlei Gläubigerrecht an der Post, insbesondere nicht auf Grund der Blankozession. Blankozessionen, ob beglaubigt oder nicht, sind keine gültigen Abtretungserklärungen i. S. der §§ 1154ff. und erlangen auch durch nachträgliche Ausfüllung keine Rechtswirksamkeit (**RG.** 63, 235).

§ 1155.

Josef, Die Einwirkung des guten Glaubens auf den Mangel der Vertretungsmacht des Vaters im Fall des § 1155 BGB. und die Ausschlagung der Erbschaft durch den Vater im Fall des § 1638, SächsRpflA. 17, 121. Der § 1155 bezweckt, daß die fortlaufende Kette scheinbar rechtsbeständiger Übertragungsakte als Erkenntnisquelle für die aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Aktivlegitimation gelten und infolgedessen die Beteiligten gegen Mängel geschützt sein sollen, soweit nach dieser Richtung hin der Inhalt der Urkunden reicht. Für alles, was die Urkunden sonst noch enthalten, bieten sie dagegen den Beteiligten keine Erkenntnisquelle und keine Sicherheit. Hat also der gesetzl. Vertreter die Hyp. des Kindes oder Mündels unter Übergabe des HypBriefes in begl. Form abgetreten, ist aber diese Abtretung unwirksam, weil er hierzu der Genehmigung des VormG. oder des Gegenvormundes bedurfte, und hat der Erwerber sodann in gleicher Weise die Hyp. einem Dritten abgetreten, der diese Abtretungen aus tatsächl. oder rechtl. Irrtum für wirksam hielt, so kann der Erwerber sich nicht auf den öffentl. Glauben des Grundbuchs berufen. Denn dieses und die Abtretungsurkunden ergeben wohl, daß die Hyp. einem Geschäftsbeschränkten zusteht, nichts aber dafür, daß dem gesetzl. Vertreter die selbständige Verfügung über die Hyp. zustand. Daher ist die HypKlage des Erwerbers vom ProzeßG. abzuweisen und das Grundbuchamt hat die beantragte Umschreibung auf den Erwerber abzulehnen.

§ 1159.

*Hoeniger, Die Hypothek für abgetretenen Zinsrückstand, DNotV. 17, 6ff. Die Zinsrückstandshyp. ist nicht eintragbares dingl. Recht (9). Die schuldrechtliche Rückstandsforderung kann entgegen 1153 Abs. 2 auch ohne Hyp. abgetreten werden. Da der Zessionar der Rückstandshyp. aus dem Grundbuche nicht ersichtlich, können für seine Legitimation Schwierigkeiten sich ergeben. Einreden gegen die Rückstandshyp. richten sich allein nach Zessionsrecht (13). Über den Rang der abgetretenen Zinsrückstandshyp. und die Wirkung nachträglicher ZwVerw. 15—19. Besonders wichtig ist: die abgetretene Rückstandshyp. kann unabhängig vom Willen des Gläubigers (Zessionars) erlöschen. Eine dingl. Sicherung gegen dieses Erlöschen gibt es nicht. Obligatorische Sicherungen werden vorgeschlagen. Schließlich wird das Pfandrecht an Zinsrückstand und sonstige Sicherungsmöglichkeit erörtert.

§ 1160.

RG. 14. 10. 16, vgl. JDR. 15 zu § 1160, jetzt auch LeipzZ. 17, 122, WarnE. 17, 77, ZBlFG. 17, 213.

§ 1163.

I. Eigentümerhypothek i. allg.

1. **RG.** 23. 2. 17, R. 17 Nr. 827. Der Verkäufer hatte dem Grundstückskäufer versprochen, eine infolge Nichtzahlung des Darlehns für ihn bestehende Eigentümergrundschuld zur Löschung zu bringen; zwischen Verkauf und Löschung hatten Gläubiger des Verkäufers die Eigentümergrundschuld gepfändet. Diese Pfändung ist — von etwaiger Anfechtung aus § 3 AnfGes. abgesehen — dem Käufer gegenüber wirkungslos; den Pfändungsgläubigern des Eigentümers gegenüber gilt die Grundschuld als nicht bestehend und

nicht zum Vermögen des Schuldners gehörig. § 892 kommt nicht in Frage, da nicht rechtsgeschäftlicher, sondern Vollstreckungserwerb vorliegt.

2. **RG.** 29. 9. 17, R. 17 Nr. 2014/5 — vgl. § 1185 Ziff. 1. und § 1186. Eine Eigentümerhyp. entsteht auch, wenn die Forderung durch Dritte, nicht durch die Schuldner, getilgt wird. Nach § 362 BGB. erlischt eine Forderung, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird; von wem und mit wessen Mitteln ist unerheblich. — Mit der ständigen Rechtspr. (**RG.** 82, 229) ist anzunehmen, daß die Abtretung auch bezügl. einer auf der Grundlage einer vorhandenen Hyp. erst künftig entstehenden Eigentümergrundschuld derart möglich ist, daß sie mit Entstehung der Eigentümergrundschuld wirksam wird.

3. **RG.** 25. 11. 16, R. 17 Nr. 59. Die durch Art. 169 EGBGB. aufrechterhaltene Bestimmung der Satzungen land- und ritterschaftl. Kreditanstalten, daß eine Eigentümergrundschuld erst nach völliger Tilgung des Kapitals oder nur auf Grund einer in gewissen Zeiträumen statthafter Aufrechnung entstehen kann, ist Sonderbestimmung und auf sonstige Amortisationshyp. nicht anwendbar.

4. Heine, Abtretung einer bezahlten Hyp. infolge Verzichts des Eigentümers, DNotV. 17, 157 bespricht die Entsch. München 16. 2. 14 (OLG. 31, 349ff. — vgl. JDR. 14 Ziff. 6 zu § 1163). Er wendet sich gegen die in den Urteilsgründen enthaltene Ausführung, daß „eine Hyp. verkehrsfähig bleibe, wenn der Eigentümer auf die Einrede des Erlöschens verzichte". Die „Einrede" bezieht sich nicht auf das Erlöschen der Hyp., sondern der Forderung. Das Vorbringen, die Forderung sei erloschen, schafft keine Einrede im materiellen, sondern im prozessualen Sinn; daher ist auch ein Verzicht auf die Einrede nicht denkbar. In Wirklichkeit ist der Tatbestand rechtlich dahin aufzufassen, daß der Eigentümer die ihm zugefallene Grundschuld mittels Vereinbarung mit dem eingetragenen Hypothekar in eine Hyp. umwandelte dergestalt, daß an Stelle der getilgten Teilforderung eine neue Forderung mit dem Inhalt jener Teilforderung trat, und er die so gebildete Hyp. zur weiteren Verfügung an den Hypothekar abtrat. → Vgl. den ähnlich liegenden Fall **RG.** 10. 11. 16, LeipzZ. 17, 402. ←

II. Pfändung der Eigentümergrundschuld (JDR. 15 Ziff. 2).

1. Die Pfändung von Eigentümerbuchhypotheken; Verf. des hessischen JustMin. v. 6. 1. 17, HessRspr. 17, 320.

1) Die Eigentümerhyp. ist bereits entstanden und als solche im Grundbuch eingetragen: Nach § 857 Ziff. 6 ZPO. wird die Pfändung durch die Eintragung vollzogen. Bei Vorlegung des Pfändungsbeschlusses — des Nachweises der Zustellung bedarf es nach § 830 ZPO. nicht — ist die Pfändung einzutragen. Die Überweisung zur Einziehung ist nicht einzutragen, wohl aber die Überweisung an Zahlungsstatt.

2) Die Eigentümerhyp. ist zwar bereits entstanden, aber noch nicht eingetragen: Bis zur Umschreibung der Hyp. auf den Eigentümer ist die Pfändung nicht eintragbar. Stellt der pfändende Gläubiger den Umschreibungsantrag, so muß er entweder Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Hypothekars beibringen oder in der Form des § 29 GBO. nachweisen, daß und in welcher Höhe die Eigentümerhyp. entstanden ist. Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist zwar zulässig, gibt aber dem Pfändungsgläubiger nur das Recht, vom eingetragenen Hypothekar im Klagewege die Mitwirkung zu der Berichtigung zu erzwingen. Zum Schutz gegen Zwischenverfügungen des eingetragenen Gläubigers kann der Pfändungsgläubiger Eintragung eines Widerspruchs verlangen; dieser kann jedoch nicht zu seinen Gunsten, sondern nur zugunsten des Eigentümers eingetragen werden und gibt keinen Schutz gegen Verfügungen des die Berichtigung selbst betreibenden Eigentümers. Ob ein weitergehender Schutz auch gegen den Eigentümer durch Eintragung der Pfändung des Berichtigungsanspruchs erreicht werden kann, ist zweifelhaft, da die Frage der Zulässigkeit dieser Eintragung selbst noch ungeklärt ist.

3) Die Eigentümerhyp. ist latent; d. h. es ist ungewiß, ob es zur Entstehung derselben kommt.

a) Die Ungewißheit besteht noch zur Zeit der Eintragung: Die Eintragung der Pfändung ist unzulässig (**RG.** 61, 374; 72, 275; 75, 250).

b) Die Ungewißheit bestand zur Zeit des Erlasses des Pfändungsbeschlusses, ist aber zur Zeit der Eintragung selbst behoben: Da das RG. die Zulässigkeit eines Pfändungsbeschlusses für zulässig hält (**RG.** 51, 116; 56, 14 — anders die Kommentare), so ist die Eintragung zuzulassen, wenn die Umschreibung vorher oder gleichzeitig mit der Eintragung erfolgt.

Vgl. hierzu noch

2. Schwarz, Zur Frage des Nachweises und der Pfändung einer auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek, HessRspr. 18, 11. Der Grundbuchrichter darf eine im Grundbuch noch als Gläubigerhyp. eingetragene Eigentümergrundschuld oder -hypothek nur unter den Voraussetzungen des § 22 GBO. auf den Eigentümer umschreiben. § 22 verlangt entweder a) Nachweis der Unrichtigkeit in Form des § 29 GBO. oder b) Umschreibungsbewilligung des buchberechtigten Hypothekars. Im Fall a genügt eine Quittung des eingetragenen Hypothekars in der Form des § 29. Im Fall b ist Umschreibungs-, nicht Löschungsbewilligung erforderlich, aus der hervorgehen muß, daß der Übergang auf den Eigentümer bereits außerhalb des Grundbuchs erfolgt ist und somit lediglich Grundbuchberichtigung, nicht Rechtsänderung vorliegt. c) Bei der Verfügung über eine latente Eigentümerhyp. verlangt zwar das KG. trotz § 40 GBO. nicht Vorabeintragung der Eigentümerpost; immer aber muß aus dem Grundbuch wenigstens ersichtlich sein, ob eine Eigentümerhyp. oder -grundschuld entstanden ist. d) Bei Eintragung des Pfändungspfandrechts braucht nach KG. RJA. 13, 262 die Höhe der durch die Pfändung zu sichernden Forderung nicht ziffernmäßig angegeben zu werden, es genügt Bezugnahme auf den Pfändungsbeschluß.

3. BayObLG. 16. 3. 17, BayNotZ. 17, 193, BayObLG. 18, 49. Dem N. war das Grundstück in der ZwVerst. im Oktober 1913 zugeschlagen, er wurde aber erst im Juni 1914 im Grundbuch eingetragen. In der Zwischenzeit bezahlte er von einer auf dem Grundstück lastenden Hyp. von 4850 einen Teilbetrag von 300 M. L. erwarb das Grunstück und wurde als Eigentümer eingetragen im Juli 1914. Er übernahm die vorgenannte Hyp. mit 4550 M. Im Januar 1917 wurde die Eigentümergrundschuld in Höhe von 300 M. gegen L. gepfändet. Die Pfändung ist unwirksam. N. hatte mit der Zahlung der 300 M. die Hyp. in dieser Höhe als Eigentümergrundschuld (oder -hypothek) erworben; denn er war seit dem Zuschlag der Grundstückseigentümer. Ihm verblieb der Teil von 300 M. auch nach der Veräußerung an L. als Grundschuld (oder Hyp.).

§§ 1164, 1165.

1. **RG.** 28. 10. 16; 89, 77, BayNotZ. 17, 323, JW. 17, 41. Der Kl. hat das Grundstück in dem gegen die Ehefrau des Bekl. gerichteten ZwVerstVerfahren erstanden und nach der ständigen Rechtspr. des erkennenden Sen. — **RG.** 80, 351 — tritt durch den Zuschlag der Ersteher zu dem Vollstreckungsschuldner nicht in die Stellung des Rechtsnachfolgers und entsprechend daher auch der letztere zu dem ersteren nicht in die Stellung eines Rechtsvorgängers. An dem Grundsatze, daß der Zuschlag keine Rechtsnachfolge schafft, ist festzuhalten, er erleidet aber da eine Einschränkung, wo im ZwVerstVerfahren Hypn., die auf dem Grundstücke stehen bleiben, in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen werden und insoweit durch die Schuldübernahme der Ersteher in ein Rechtsverhältnis zu dem Vollstreckungsschuldner tritt. Eine HypÜbernahme findet im Verkehr vielfach bei freiw. Veräußerungen statt. Verweigert in solchem Falle der Gläubiger die Genehmigung der Schuldübernahme, so erfordert es die Billigkeit, daß der Veräußerer, der der persönliche Schuldner bleibt, dann, wenn er den Gläubiger befriedigt, für seinen Ersatzanspruch die Hyp. an dem Grundstück erwirbt, und nicht minder entspricht es der Billigkeit, daß der Veräußerer von der persönlichen Verbindlichkeit so weit frei wird, als er Ersatz aus der

Hyp. nicht erlangen kann, weil der Gläubiger sie zur Löschung gebracht oder sie in ihrem Range verschlechtert hat. Um nach diesen Richtungen den berechtigten Interessen des Schuldners gerecht zu werden und den Mißständen im Verkehre — Turnau-Förster (4) I 926 — entgegenzutreten, wurden die §§ 1164, 1165 in das Ges. aufgenommen. Daß i. S. dieser Vorschriften eine „Rechtsnachfolge" nur dann für gegeben zu erachten ist, wenn sich der Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft, und nicht auch dann, wenn er sich durch Zuschlag in der ZwVerst. vollzieht, dafür bietet die Fassung des Ges. keinerlei Anhalt. Daß der Gesetzgeber geglaubt haben könnte, der persönliche Schuldner bedürfe dann, wenn das Pfandgrundstück zur Versteigerung gebracht werde, keines Schutzes, erscheint ausgeschlossen. Außerdem bestimmt aber der § 53 ZVG., daß für den Fall, daß eine Hyp. stehen bleibt und vom Ersteher übernommen wird, die Vorschriften des § 416 BGB. Anwendung finden, mit der Maßgabe, daß als Veräußerer i. S. dieser Vorschriften der Schuldner anzusehen ist." Hier hat der Gesetzgeber die — überaus bestrittene — Konstruktionsfrage, ob das in der ZwVerst. ergehende Zuschlagsurteil einen sog. originären Erwerbstitel darstellt, ersichtlich beiseite gestellt; dem Schuldner ist durch die Bestimmung, daß er in Ansehung der rechtlichen Beurteilung der HypÜbernahme als der Veräußerer des Grundstücks anzusehen sei, im Verhältnis zum Ersteher die Stellung eines „Rechtsvorgängers" angewiesen.

2. **RG.** 23. 6. 17, R. 17 Nr. 1638. Die Vorschriften finden nicht Anwendung für den Fall der Teilfreigabe bei einer Gesamthypothek.

§ 1165.

1. **RG.** 28. 10. 16, JW. 17, 41, LeipzZ. 17, 190, R. 17 Nr. 60 u. 61. § 1165 gilt nicht nur für Einzel- sondern für GesamtHyp. Man würde Unstimmigkeiten in das Gesetz hineintragen, wenn man die in § 1165 bei der EinzelHyp. zum Schutze des persönlichen Schuldners gegebene Vorschrift nicht entsprechend auf die GesamtHyp. zugunsten des ersatzberechtigten Eigentümers anwenden wollte. Diese entsprechende Anwendung wurde von der 2. Kom. (Prot. III 636 III) für selbstverständlich erachtet; nur deshalb wurde ihr nicht besonders Ausdruck gegeben, weil man das Gesetz nicht unnütz mit Einzelvorschriften belasten wollte. Der Ansicht, die die Vorschrift auf den Fall der EinzelHyp. beschränkt wissen will, ist mit der herrsch. Meinung (Obernedk[4] Bd. II 330 Anm. 29) auch der Sen. entgegengetreten (Urt. v. 11. 10. 10 V 34/10 u. **RG.** 74, 213).

2. Dresden 7. 6. 16, SächsRpflA. 17, 220. Die Anwendung der Bestimmung des § 1165 setzt voraus, daß persönl. und dingl. Schuld getrennt sind; sind sie in einer Person vereinigt, so kann § 1165 nicht zur Anwendung kommen. Einer entspr. Anwendung ist die Vorschrift in § 1165 bei ihrem Sondercharakter nicht fähig.

§ 1169.

RG. 28. 4. 17, LeipzZ. 17, 855. Der Grundstückseigentümer kann auf Grund der §§ 1169, 1137 den Anspruch auf Löschung der Hyp. an Stelle des Anspruchs darauf, daß der Gläubiger auf die Hyp. verzichte, geltend machen, wenn dem persönl. Schuldner auf Grund der Vereinbarung zwischen ihm und dem HypGläubiger eine Einrede gegen die Forderung zusteht, die zugleich für den Eigentümer eine die Geltendmachung der Hyp. dauernd ausschließende Einrede begründet.

§ 1175.

RG. 23. 6. 17, R. 17 Nr. 1639. Ein Vergleich der Vorschriften des § 1175 Abs. 1 S. 2 mit § 1173 Abs. 1 S. 1 zeigt, daß der Verzicht auf die Haftung eines der gesamtbelasteten Grundstücke der Befriedigung nicht gleichsteht.

§ 1178.

1. **RG.** 25. 11. 16, R. 17 Nr. 62. Die Bestimmung des § 1178 Abs. 1 S. 1 ist auf Amortisationsbeträge nicht anwendbar; denn diese sind, auch wenn sie in Form von Zinszuschlägen festgesetzt sind, nicht Nebenleistungen (**RG.** 54, 92).

2. **RG.** 17. 11. 16, OLG. 34, 216. Durch die Abtretung der verzinsl. Hyp. an die Frau des Grundstückeigentümers erwarb dieser nach § 1363 die Nutznießung der Zinsforderung. Es trat also, da er persönl. Schuldner der Zinsforderung war, in seiner Person die Vereinigung von Forderung und Schuld ein; damit erlosch die Forderung und die Hyp., soweit sie sich auf die Zinsrückstände jemals bezog. Diese Rechtswirkung hätte nur dadurch vermieden werden können, daß der Eigentümer durch besonderen Vertrag mit seiner Frau, der nicht der Form des Ehevertrags bedurft hätte, unter Verzicht auf sein Nutznießungsrecht sich besonders verpflichtet hätte, für die Hypothekenforderung an die Frau Zinsen zu zahlen (vgl. **RG.** 78, 207; abw. OLG. 24, 2) → vgl. aber JDR. 15 § 1115 Ziff. 3a u. oben § 1115 Ziff. 4. ←

§ 1179.

1. KG. 6. 7. 16, KGJ. 49, 220, OLG. 35, 334 Anm. 1. Wie sich die Löschungsvormerkung nach anerkanntem Recht auf Teile der Hyp. beschränken darf, so kann sie auch ausschließlich für eine Nebenleistung i. S. des § 1115 eingetragen werden.

2. Seckt, Die rechtl. Besonderheit der Hypotheken des Berliner Pfandbrief-Instituts und ihre Eignungen für Vormerkungen des § 1179 BGB., BankA. 17, 352. Die Hyp. des Berliner Pfandbrief-Instituts ist keine reine Tilgungs-, sondern eine Tilgungsfondshyp., bei der die Zahlung der Tilgungssätze nie unmittelbar die Tilgung der Hyp. selbst und ihre Verwandlung in eine Eigentümergrundschuld bewirkt, sondern nur zu einer Ansammlung von Fonds führt. Während der Auffüllung des Fonds bleibt die Hyp. in voller Höhe bestehen. Nach der Satzung kann der Eigentümer nach Ablauf einer bestimmten Frist entweder Tilgung durch Verrechnung und Löschungsquittung verlangen, er kann statt dessen aber auch begehren, daß ihm sein Guthaben in Pfandbriefen ausgefolgert und die Hyp. in alter Höhe erneuert wird (Krediterneuerung). Daher steht nie von vornherein fest, ob je der Fall einer Vereinigung von Hyp. und Eigentum i. S. des § 1179 eintritt, und die Löschungsvormerkung bleibt gegebenenfalls wirkungslos. Sache des Nachhypothekars ist es also, durch Abmachung mit dem Eigentümer diesen zu verpflichten, bei eintretender Möglichkeit nicht das Recht der Erneuerung, sondern der Tilgung der Hyp. auszuüben. Um dinglich zu wirken, wird diese Abmachung als Verfügungsbeschränkung des Eigentümers in Abtl. II des Grundbuchs einzutragen sein. Erst nachdem diese Eintragung erfolgt ist, wird die Löschungsvormerkung ihre Wirkung ausüben können.

§ 1183.

Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts. ABürgR. 42, 296ff., 310. Der rechtsgeschäftl. Verzicht auf die Hypothek ist eine einseitige Willenserklärung des Gläubigers; in der Zustimmung des Eigentümers, die das Gesetz erfordert, liegt keine Annahme eines Vertrags, sondern sie ist ihrerseits ebenfalls eine einseitige Handlung.

§ 1185.

Abs. 2.

1. **RG.** 29. 9. 17, LeipzZ. 17, 1327, R. 17 Nr. 2017 u. 2019 (vgl. Ziff. I 2 zu § 1163 u. Ziff. 2 zu § 1186). Die Umwandlung von Eigentümergrundschulden in Verkehrs- oder gewöhnliche Buchhyp. ist dadurch, daß die zu sichernden Ausfallsforderungen vor beendeter Liquidation der GmbH. nicht ziffernmäßig feststehen, nicht ausgeschlossen (JW. 05, 291, GruchotsBeitr. 52, 1069). Allein die Umwandlung in eine Höchstbetrags- oder sonstige Sicherungshyp. entspricht angesichts dieses Umstandes am meisten der Sachlage und wahrt namentlich die bei einer anderen Hyp. durch die Erstreckung des öffentl. Glaubens auf die Forderung (§ 1138, 1185 Abs. 2) gefährdeten Interessen des Eigentümers. Erfolgt die Umwandlung in eine Buchverkehrshyp., so ist die Angabe eines bestimmten Betrags erforderlich.

2. Dresden 3. 3. 17, SächsOLG. 38, 177. Selbst wenn die der Höchstbetragshyp. zugrundeliegende Forderung als unsittlich oder wucherisch nichtig wäre, wäre der Antrag

auf Eintrag einer Vormerkung zur Sicherung des angeblichen Löschungsanspruchs ungerechtfertigt. Denn für die Sicherungshyp. gilt der öffentl. Glaube des Grundbuchs in Ansehung der Forderung nicht, sie ist ein rein akzessorisches Recht, das mit der ihr zugrundeliegenden Forderung steht und fällt, und der Gläubiger muß sich deshalb das Nichtbestehen der Forderung ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben mit der Wirkung entgegensetzen lassen, daß er dann auch die Sicherungshyp. verliert.

§ 1186.

1. **RG.** 29. 9. 16, WarnE. 17, 28. Eine als Darlehnshyp. eingetragene Verkehrshyp. kann nach Maßgabe der zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer getroffenen Vereinbarung dazu verwendet werden, nach Art einer Höchstbetragshyp. bis zum Betrage des eingetragenen Kapitals und der eingetragenen gleichrangigen Zinsen zur Sicherung einer ihrer Höhe nach unbestimmten und wechselnden Forderung, insbesondere aus einem Kontokorrentverhältnisse zu dienen (**RG.** 60, 244, GruchotsBeitr. 51, 378).

2. **RG.** 29. 9. 17, R. 17 Nr. 2016 vgl. Ziff. 2 zu § 1163 und 1 zu § 1185. Bei Umwandlung einer Brief- in eine Sicherungshyp. ist der Brief nicht an den Hypothekar oder Eigentümer herauszugeben, sondern nach § 69 GBO. vom GBAmt unbrauchbar zu machen.

§§ 1187 ff.

Werneburg, Die Wertpapierhypothek. HoldheimsMSchr. 17, 2.

I. Wesen. Die Wertpapierhyp. ist Sicherungshyp.; da sie von vornherein für den Umlauf im Verkehr bestimmt ist, folgt das Gläubigerrecht an ihr dem Recht am Papier: und es wird darum eine erleichterte Art der Übertragung (s. unten III) ermöglicht.

II. Bestellung. a) Hyp. für Inhaberschuldverschreibungen: Es genügt einseitige Erklärung der Bestellung durch den Eigentümer und Eintragung (§ 1188).

b) Hyp. für andere Wertpapiere: Einigung und Eintragung. Bei Orderpapieren ist nicht nur der Remittent, sondern auch jeder Indossatar als Gläubiger zu bezeichnen OLG. 4, 191).

Bei Inhaberschuldverschreibungshyp. bedarf es zur Eintragung der Hyp. selbst nicht der Vorlegung des Papiers (streitig), wohl aber bei späteren Eintragungen (§ 44 GBO.). Bei der ersten Eintragung bedarf es nicht der Prüfung der staatlichen Genehmigung durch den Grundbuchrichter (streitig).

III. Übertragung und Belastung. a) Hyp. für Inhaberschuldverschreibungen: Einigung und Übergabe des Papiers.

b) Hyp. für Orderpapiere: Einigung und Indossament. Die streitige Frage, ob daneben dem Grundbuchamt gegenüber die formelle Legitimation an die Erteilung einer Abtretungsurkunde nach § 29 GBO. zu knüpfen ist, ist zu verneinen. Wird die Forderung nicht durch Giro, sondern durch Zession übertragen, so vollzieht sich der Übergang der Hyp. nach den Allgemeinen Vorschriften über die Sicherungshyp. Die Echtheit der Vorindossamente ist dem Grundbuchamt nicht zu belegen (anders RGKomm. § 1187 Anm. 3).

IV. Hypothekenklage. a) Klagegrund: Der Besitz des Papiers ist notwendige Klagebehauptung.

b) Einwendungen: 1. gegen die Forderung: sie ergeben sich aus § 796 BGB. und § 364 Abs. 2 HGB. Streitig ist, inwieweit der Aussteller des Inhaberpapiers die Legitimation des Inhabers nach § 793 Abs. 1 S. 2 bemängeln kann. Nach der richtigen Ansicht (Oertmann) ist der Aussteller, der den Mangel der Verfügungsbefugnis des Inhabers kennt, nur dann trotz seiner Kenntnis zur Leistung an den Inhaber berechtigt, wenn er die mangelnde Verfügungsberechtigung nicht beweisen kann.

2. Gegen die Hyp.: Es gelten die allgemeinen Vorschriften des § 1157. Einreden aus einem Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und bisherigem Gläubiger können, auch wenn sie nicht aus dem Grundbuch hervorgehen, demjenigen Erwerber gegenüber erhoben werden, der sie kennt (streitig). Weiß bei einer Orderpapierhyp. der erste Gläubiger, daß

der eingetragene Besteller der Hyp. nicht der Eigentümer ist, so kann diese Kenntnis dem redlichen Erwerber nicht entgegengehalten werden (streitig).

V. Eigentümerhyp.: Es gelten die allgemeinen Vorschriften des § 1163. Erwirbt der Aussteller des Papiers dasselbe zurück, so tritt kein Erlöschen der Forderung durch Konfusion ein, die Forderung wird als fortbestehend fingiert, die Hyp. bleibt Gläubigerhyp.

VI. Ausschluß des HypGläubigers: Es gilt § 1170, bei Hyp. für Inhaberpapiere abgeändert durch § 1188 Abs. 2.

VII. Treuhänder: § 1189. Er ist als Vertreter des jeweiligen HypGläubigers anzusehen (streitig). Seine Verfügungsbefugnis ist auf bestimmte aus dem Grundbuch ersichtliche Verfügungen beschränkt, seine Vertretung zur Geltendmachung der Hyp. gesetzlich nicht beschränkt, insbesondere auch nicht für Passivprozesse (streitig). Er hat in Prozessen nicht nur die Stellung eines Prozeßbevollmächtigten, sondern eines Prozeßvertreters und als solcher die Parteieide zu leisten (streitig). Zur Bestellung und Enthebung des Vertreters bedarf es der Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger und der Eintragung; jedoch hat diese nicht rechtserzeugende, sondern nur rechtsbekundende Wirkung (streitig).

§ 1189.

Dresden 31. 12. 15, JDR. 15, Ziff. 1, jetzt auch OLG. 34, 217.

§ 1190.

1. KG. 6. 6. 14 (vgl. JDR. 13 Ziff. II) jetzt auch OLG. 34, 236ff. bes. 238.

2. KG. 16.3.16 (vgl. JDR. 15 Ziff. 3) jetzt auch KGJ. 49, 224, OLG. 35, 334 Anm. 2.

3. **RG.** 21. 4. 17, R. 17 Nr. 1071. Die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung, für die kraft der Hyp. das Grundstück haftet, sind nicht, wie die Zinsen, in den Höchstbetrag einzurechnen, die Haftung des Grundstücks für diese Kosten erstreckt sich vielmehr über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus.

4. KG. 26. 1. 16, KGJ. 49, 222, OLG. 35, 334, RJA. 15, 164. Die Eintragung einzelner Höchstbetragshypn. auf verschiedene Grundstücken für denselben Forderungskreis ist unzulässig. Für die Verkehrshyp. ist dieser Grundsatz vom KG. wiederholt ausgesprochen (KGJ. 35 A 310, 25 A 295); aus § 1132 ist zu entnehmen, daß die Haftung mehrerer Grundstücke für dieselbe Forderung nur in Form der Gesamthyp. möglich ist (**RG.** 70, 240). Dasselbe gilt für die Höchstbetragshyp. Es würde sonst insbesondere an jeder gesetzl. Vorschrift darüber fehlen, in welchem Umfang der Gläubiger nach Feststellung der Forderung sich aus den einzelnen Grundstücken befriedigen kann, wenn die Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht; § 1132 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 ist nur für die Gesamthyp. gegeben und kann hier nicht Anwendung finden. Es würden ferner bei der Abtretung unabsehbare Schwierigkeiten entstehen, da nicht feststeht, welches der Grundstücke für die einzelne Forderung haftet.

5. Kiel 16. 11. 16, OLG. 34, 217. Die Bezeichnung der der Höchstbetragshyp. zugrundeliegenden Forderung mit den Worten „für alle Forderungen, die dem Kl. aus seiner Geschäftsverbindung mit D. an diesen zustehen oder in Zukunft erwachsen werden, soweit solche den Bau des Hauses Nr. 9 betreffen" —, ist genügend bestimmt.

6. Busch, Zum Recht der Hypothekenschuldurkunde, ZBlFG. 17, 329, 331: Unterliegt das mit einer Tilgungsbriefhyp. belastete Grundstück mehrfachem Eigentumswechsel, so entsteht für jeden Eigentümer, der an der Hyp. eine Abzahlung geleistet hat, eine Eigentümergrundschuld in gleicher Höhe (**RG.** 55, 220 u. ZBlFG. 4, 111). Um dem späteren Eigentümer Verfügungsrecht über die von einem früheren Eigentümer geleistete Abschlagzahlung zu ermöglichen, genügt nach KG. 23. 10. 11 (RJA. 11, 992) die Aushändigung einer Abtretungserklärung des früheren Eigentümers über die von ihm geleisteten Tilgungsbeträge an den Grundstückserwerber ohne Übergabe eines Teilgrundschuldbriefs. Sie gilt als Einwilligung des früheren Eigentümers in die Verfügung des

Erwerbers über die durch die Tilgungsleistung des bisherigen Eigentümers entstandene Eigentümergrundschuld (§ 185 BGB.).

7. Werneburg, Die Maximalhypothek (Kredithypothek) vor und nach der Beschlagnahme des Grundstücks, BadNotZ. 16, 93 (Fortsetzung v. JDR. 15 Ziff. 1) behandelt noch den Fall, daß sich die Kredithyp. während der Schwebezeit ganz oder teilweise (durch Abzahlung) in eine Eigentümer- und (durch Entstehen neuer Forderungen) zurück in eine Gläubigerhypothek verwandelt (Forderungsauswechslung) und bespricht die rechtliche Stellung der Kredithypothek in der Zwangsversteigerung.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Vorbemerkung: Zunächst sei auf eine sehr wichtige Entsch. des OLG. Stuttgart hingewiesen, die sich mit dem Fall der Verpfändung von Kinderhypotheken durch den Vater beschäftigt. Vor allem aber ist das bemerkenswerte Urteil des RG. zu § 1280 zu beachten. Das RG. hat hier ausgesprochen, daß bei der Verpfändung einer Forderung das Fehlen der formellen Anzeige an den Schuldner nicht schädlich sei, wenn aus einem Anerkenntnis des Schuldners erhellt, daß diesem die Verpfändung bekannt war. Ob dieses sehr weitgehende Entgegenkommen des RG. dem Wortlaut der Vorschrift des § 1180 gegenüber aufrecht zu erhalten sein wird, erscheint doch recht zweifelhaft. Derartige formale Bestandteile eines Rechtsgeschäftes sollen offenbar in sich selbst eine selbständige Bedeutung haben. In einer zu § 1205 wiedergegebenen Entsch. des OLG. Posen ist mit Recht darauf hingewiesen, daß die Anzeige, im Gegensatz zu der bei der Abtretung einer Forderung erfolgenden, ein für die Entstehung des Pfandrechts wesentliches Tatbestandserfordernis ist. Es ist zu fürchten, daß auf der Bahn der RG.Entscheidung weiter fortgebaut und die notwendige Offensichtlichkeit des Rechtsverkehrs noch mehr erschwert werden wird. In einem Urteil, das zu § 1296 wiedergegeben ist, hat das RG., der früheren Rechtspr. folgend, wieder ausgesprochen, daß die Verpfändung eines Wertpapieres nicht notwendig auch die des Erneuerungsscheines nach sich zieht.

§§ 1205, 1206.

Posen 30. 6. 16, OLG. 34, 218. Für die Verpfändung einer Briefgrundschuld ist gemäß §§ 1274, 1154 außer einer schriftlichen Verpfändungserklärung die Übergabe des Briefs erforderlich; auf diese finden, da es sich um eine bewegliche Sache handelt, gemäß § 1274 die §§ 1205, 1206 Anwendung. Hier besaß den Brief zur Zeit der Verpfändung an den Kl. unstreitig der Bekl. als Pfandgläubiger. Der Grundschuldgläubiger A war nach § 952 Eigentümer und gemäß § 868 mittelbarer Besitzer des Briefs, da er ihn auf Grund der Verpfändung der Grundschuld dem Bekl. übergeben hatte. Nach § 1205 § Abs. 2 konnte die Übergabe des Briefes durch die Übertragung des mittelbaren Besitzes an den Pfandgläubiger ersetzt werden. Gemäß § 870 konnte dies durch Abtretung des Herausgabeanspruchs geschehen. A hatte gegen den Bekl. einen durch dessen Befriedigung bedingten Anspruch auf Herausgabe des Briefs. Dieser Anspruch entspricht den Erfordernissen des § 870, denn ein solcher kann auch unter einer Befristung stehen. Dagegen ist dem weiteren Erfordernis des § 1205 Abs. 2, nämlich, daß der Eigentümer die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer anzuzeigen hat, nicht genügt worden. Diese Anzeige bedeutet — im Gegensatz zu der des § 409 — ein für die Entstehung des Pfandrechts wesentliches Tatbestandserfordernis und muß von dem Eigentümer des Briefs ausgehen, da sie eine Willensäußerung, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen, enthält (**RG.** 68, 281; 85, 435). Der Eigentümer kann diese Anzeige auch durch einen Vertreter bewirken und zu diesem den Pfandgläubiger erwählen. Der Kl. hat hierfür nichts vorgebracht.

Der Tatbestand des § 1206 liegt nicht vor. Der Kl. meint, daß die zur Verpfändung der Grundschuld erforderliche Übergabe des Briefs hier gemäß § 1206 durch Einräumung des Mitbesitzes erfolgt sei, und er findet diese Einräumung in den Worten der Verpfändungsurkunde: „Auch übertrage ich (A) dem Kl. den mir selbst zustehenden Anspruch auf Mitbesitz und weise die Darlehnskasse . . . hiermit an, diesen Mitbesitz nunmehr für den Kl. auszuüben." Hiermit ist jedoch nur die Übertragung des mittelbaren Besitzes am Brief

auf den Kl. ausgedrückt. Für die Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes gemäß § 1206 in der Art, daß der Einräumende A nunmehr zusammen mit dem Pfandgläubiger (dem Kl.) mittelbarer Besitzer wird, also zwei Mitbesitzer an die Stelle des bisherigen alleinigen mittelbaren Besitzers treten, genügt jedoch nicht eine Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner. Vielmehr ist zur Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes gemäß § 1206 eine Vereinbarung des Pfandschuldners und des Pfandgläubigers mit dem Dritten (der unmittelbarer Besitzer bereits ist oder erst werden soll), jedenfalls aber eine Vereinbarung zwischen dem Pfandschuldner und dem Dritten zugunsten des Pfandgläubigers dahin erforderlich, daß der Dritte die Verpflichtung übernimmt, die Sache nur gemeinschaftlich an Pfandgläubiger und Pfandschuldner herauszugeben. . .

§ 1223.

Abs. 2. **RG.** 2./20. 3. 17, LeipzZ. 17, 1327, R. 17 Nr. 828. Daß der Verpfänder zugleich der persönl. Schuldner ist, schließt die Anwendung des § 1223 Abs. 2 nicht aus (JW. 10, 391, R. 11 Nr. 3190).

§ 1225.

RG. 15. 11. 16, LeipzZ. 17, 472, R. 17 Nr. 219. § 1225 (cessio legis mit der Einschränkung des Satzes: nemo subrogat contra se) kommt nicht zur Anwendung, wenn es sich um einen selbständigen, auf besonderer Vereinbarung beruhenden Regreßanspruch des Verpfänders gegen den persönl. Schuldner handelt.

§ 1253.

Stuttgart 4. 10. 16, WürttJ. 17, 170, WürttZ. 17, 35. Der Vater hatte zwei Briefhypn. über 4000 M. und 6000 M. und verpfändete diese seinen zwei minderj. Kindern zur Sicherung für deren Muttergutsforderungen. Zur Verpfändung wurde den Kindern ein Pfleger bestellt. Vater und Pfleger erschienen vor dem Grundbuchamt. Der Vater legte die HypBriefe zur Verfügung des Pflegers auf den Tisch des Grundbuchamts. Die Pfanderklärung wurde zu Protokoll genommen und angefügt, daß die Briefe nach Eintragung des Pfandrechts und Vermerk desselben auf den Briefen vom Grundbuchamt dem Vater zur Verwahrung ausgehändigt werden sollen. Dies geschah. Der Vater trat aber nach einiger Zeit ohne Wissen des Pflegers beide Hyp. an andere Personen ab und übergab diesen die Briefe. Der Brief über 4000 M. wurde vom Erwerber weiter zediert an den Kl. Dem Kl. war zweifellos unbekannt, auf welche Weise der Vater wieder in den Besitz des Briefes gekommen war. Derselbe klagte nun gegen den minderjährigen Pfandgläubiger auf Einwilligung in die Löschung seines Pfandrechts, weil das Pfandrecht mangels Übergabe des Briefes nicht zur Entstehung gekommen, jedenfalls aber durch die Rückgabe des Briefes an den Vater wieder erloschen sei und auch der Kl. als gutgläubiger Erwerber die Hyp. unbeschränkt durch das Pfandrecht erworben habe.

Das OLG. wies die Klage ab und gab der Widerklage des Kindes auf Herausgabe des Briefes statt. Die Entsch. stützt sich auf folgende Ausführungen: Die Übergabe sei dadurch erfolgt, daß der Brief vom Vater zur Verfügung des Pflegers dem Grundbuchamt vorgelegt worden sei und dieser den Br. entgegengenommen habe, indem er durch die Erklärung, daß der Br. dem Vater zur Verwahrung ausgehändigt werden solle, über den Br. verfügt habe. Das rechtsgültig entstandene Pfandrecht sei aber nicht dadurch erloschen, daß der Vater den Br. wieder in Besitz bekommen habe. Dam Vater sei der Br. nicht als Pfandgläubiger zurückgegeben worden, sondern er habe ihn vom Pfleger durch Vermittlung des Grundbuchamtes als gesetzlicher Vertreter seiner minderj. Kinder in Verwahrung bekommen. Die Vermutung des § 1253 sei durch diesen Hergang widerlegt. Die Grundsätze über gutgläubigen Erwerb finden keine Anwendung. Die §§ 892, 893 treffen deshalb nicht zu, weil das Pfandrecht sowohl im Grundbuch als auf dem HypBrief vermerkt gewesen sei, also der tatsächliche Sachverhalt mit dem Grundbuch und mit dem Br. in Übereinstimmung gestanden habe. Auf den § 936 könne sich der Kl. aber deshalb

nicht berufen, weil das Recht an dem HypBrief dem Recht des Pfandrechts an der Hyp. folge nach § 952, also dem Gläubiger des HypPfandrechts zustehe. Infolge dieser Bestimmung können die Vorschriften über gutgläubigen Erwerb an dem HypBrief als bewegliche Sache nicht angewendet werden. Vgl. auch **RG.** SeuffA. 58, 147, ZBlFG. 3, 789. Das Recht der Pfandgläubigerin auf den Besitz des HypBriefes sei deshalb nicht untergegangen.

§ 1255.

Du Chesne, Begriff und Arten des Verzichts, ABürgR. 42, 296ff. vgl. zu § 1064.

§§ 1259ff.

Goldschmidt, Schiffspfandrecht, BankA. 17, 333 bespricht die Organisation des Schiffskredits, zu dessen Förderung er Abänderungen der geltenden Bestimmungen in Vorschlag bringt. Er regt insbesondere eine der BaugeldHyp. entsprechende Verpfändung des im Bau befindlichen Schiffes an, fordert Publizitätsschutz nicht nur für das bestehende, sondern auch für das entstehende Pfandrecht, die Erstreckung des Pfandrechts auf die Versicherungsforderung, Änderungen der Vorschriften über Erlöschen des Pfandrechts und die Möglichkeit der Unterwerfung des Schiffseigners unter die Zwangsvollstreckung mittels Urkunde nach § 794 Ziff. 5 ZPO.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1280.

RG. 5. 1. 17; 89, 289, JW. 17, 359. Das BG. ist der Ansicht, daß die seitens der Schuldnerin kundgegebene Anerkennung der ihr bereits bekannt gewordenen Verpfändung der in § 1280 vorgeschriebenen Anzeige gleichzustellen sei. Diese Auffassung gibt zu rechtlicher Beanstandung keinen Anlaß. Die Anzeige aus § 1280 ist freilich eine empfangsbedürftige Willenserklärung; eine solche kann aber auch im Stillschweigen gefunden werden. Auf eine an den Pfandschuldner gerichtete Zahlungsaufforderung hat dieser den Verpfänder auf die ihm mitgeteilte Verpfändung verwiesen; diesem Hinweis hat der Verpfänder nicht widersprochen, und er mußte sich sagen, daß, wenn er schweige, der Schuldner annehmen werde, daß er die Verpfändung, auf die er hingewiesen war, als bestehend anerkenne. Schwieg er im Bewußtsein der Wirkung dieses Schweigens, so nahm er die Wirkung in den Bereich seines Wollens auf und gab dies dem Schuldner, bei dem die Wirkung einzutreten hatte, eben durch das Schweigen kund. Demnach lag hier in dem Schweigen die in § 1280 vorausgesetzte Willenserklärung.

§ 1284.

RG. 19. 5. 17; 90, 255. Gemäß § 1284 kann entgegen § 1282, dem Pfandgläubiger im Pfandvertrag das Recht eingeräumt werden, die Forderung durch nichtöffentl. Verkauf zu verwerten. Doch kann auch in diesem nach § 1277 S. 2, 1245 Abs. 2 auf das Recht der Verwertung im Weg öffentl. Versteigerung nicht vor Eintritt der Verkaufsberechtigung, der Pfandreife, verzichtet werden.

§ 1289.

1. BayObLG. 29. 3. 17; 18 Abt. B 52. Der in § 1289 S. 1 aufgestellte Satz, daß das Pfandrecht an einer Fdg. sich auch auf die Zsn. erstreckt, enthält nachgiebiges Recht. Ist das Recht auf die Hauptsache ohne das Zinsenbezugsrecht verpfändet, dann ist, wenn dieses ebenfalls in den Pfandverband treten soll, ein neuer selbständiger Pfandvertrag erforderlich.

2. Josef, Das mündliche Versprechen der Verzinsung einer Grundschuld und das Gläubigerrecht an solchen Zinsen nach Pfändung der Grundschuld, ZBlFG. 17, 379. Das mündliche Versprechen, für eine unverzinslich eingetragene Grundschuld Zinsen zu zahlen, ist gültig. Es liegt kein abstraktes Schuldversprechen vor, sondern die Festlegung einer Nebenverpflichtung zur Grundschuld. Es erwirbt daher der die Grundschuld pfän-

dende Gläubiger das Pfandrecht am Zinsanspruch (§ 1289), selbst wenn ihm der Zinsanspruch bei der Pfändung nicht bekannt war. Die Pfandhaftung des Zinsanspruchs erlischt ein Jahr nach dem Eintritt der Fälligkeit des jeweiligen Zinsanspruchs (§ 1289 mit § 1123).

§ 1296.

RG. 5. 3. 17, R. 17 Nr. 1072. Die Verpfändung von Wertpapieren schließt nicht notwendig ein Pfandrecht an den zugehörigen Erneuerungsscheinen ein. Diese sind zwar nicht Träger einer selbständigen Obligation, sondern nur Legitimationpapier behufs Empfangnahme der Zinsscheine und als solche Zubehör der Hauptpapiere (**RG.** 3, 152; 4, 138, vgl. 31, 147; 74, 339) → vgl. auch **RG.** 22. 3. 17, zu § 929ff. Z. 1 ← Jedoch ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß über das Hauptrecht unter Vorbehalt des Zinsgenußrechts verfügt und die Zubehöreigenschaft der Talons durch deren Zurückbehaltung aufgehoben werden könne, daß ein nur an den Hauptpapieren bestelltes Pfandrecht die Talons mithin nicht erfasse (**RG.** 23, 269). Eine derartige rechtl. Möglichkeit ist auch in anderen Urteilen des RG. anerkannt, wenngleich eine derartige Verpfändung als im geschäftl. Verkehr der Regel widersprechend bezeichnet wird (**RG.** 36, 120; 58, 162).

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297.

RG. 2. 4. 17, R. 17 Nr. 1271—1273, WarnE. 17, 432. Das gegenseitige Geständnis der Liebe und die sich daran anschließende Anbahnung eines vertrauten Verkehrs läßt nicht ohne weiteres auf die Absicht einer künftigen Eheschließung schließen, wohl aber kann ein Verlöbnis darin gesehen werden, daß ein gebildetes Mädchen nach jahrelangem Liebesverhältnis einem Manne auf dessen Beteuerung: „Wenn ich jemals heirate, so nehme ich Dich zur Frau", die Beiwohnung gestattet, selbst wenn weder Ringe noch Geschenke gewechselt sind und die Eltern davon nichts erfahren haben.

§§ 1297, 1298.

Cöln 12. 10. 16, LeipzZ. 17, 289. Ein Verlöbnis, das ein noch Verheirateter eingeht, ist mit Rücksicht auf § 1309 nichtig (§ 134) und, wenn unter der Bedingung geschlossen, daß der Grund des Eheverbots später wegfalle, als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig (Planck, Anm. 2a zu § 1299). Wollte man es aber auch als gültig ansehen, so könnte doch die Verlobte wegen des Verbots des § 1309 und wegen des Verhaltens des Verlobten, weil dieser keine Schritte zur Auflösung seiner Ehe getan habe, vom Verlöbnis zurücktreten.

§ 1298.

1. Hamm 16. 2. 16, R. 17 Nr. 412. Ist der zurücktretende Teil von dem anderen Verlobten oder dessen Angehörigen über das Vermögen und die zu erwartende Ausstattung getäuscht worden, so wird regelmäßig ein wichtiger Grund zum Rücktritt vom Verlöbnis vorliegen, nicht aber, wenn er vor Eingehung des Verlöbnisses sich um die Vermögensverhältnisse nicht näher bekümmert hat, mag er sich auch in dieser Beziehung unbestimmten Erwartungen hingegeben haben.

2. Stuttgart 2. 2. 17, R. 17 Nr. 636. Besteht der Schaden der verlassenen Verlobten darin, daß sie Geld aufgewendet hat, um bestimmte Sachen anzuschaffen, so hat der frühere Verlobte ihr die Aufwendungen zu erstatten, wogegen er von ihr die Herausgabe der Sachen verlangen kann.

3. **RG.** 2. 4. 17, R. 17 Nr. 1274. Eine Auflösung des Verlöbnisses in beiderseitigem Einverständnis liegt nicht schon darin, daß der eine Teil erklärt, die Beziehungen lösen

zu wollen, und der andere Teil dazu schweigt, in der nächsten Zeit aber wiederum Annäherungsversuche macht.

§§ 1298, 1300.

RG. 18. 1. 17, LeipzZ. 17, 868, R. 17 Nr. 409—411, 413. Bei dem Anspruch aus § 1298 handelt es sich nicht, wie bei der Geschenkrückgabe nach § 1301, um Rückforderung der Zuwendung aus einem Schuldverhältnis, sondern um Erstattung der tatsächlichen Aufwendungen. Soweit die Verlobte die Kosten der Beköstigung des Verlobten im Hause ihrer Eltern getragen hat, ist sie, ohne daß es auf ein schuldrechtl. Verhältnis zwischen ihr und dem Verlobten ankommt, berechtigt, Ersatz ihres dadurch entstandenen Schadens zu fordern. Der Schadensersatz ist nicht auf die Verlöbniszeit beschränkt, sondern umfaßt auch den späteren Verdienstausfall durch Aufregung und Erkrankung infolge des Verlöbnisbruchs. Die lange Dauer des Geschlechtsverkehrs ist kein Grund zur Minderung der nach § 1300 zu leistenden Entschädigung.

§ 1300.

RG. 2. 4. 17, R. 17 Nr. 1275. Unbescholtenheit i. S. des § 1300 ist Unversehrtheit der Geschlechtsehre. Dabei ist auf die Anschauungen und Gepflogenheiten der Lebenskreise der Verlobten Rücksicht zu nehmen (JW. 06, 65). Selbst wenn hiernach der Verkehr unsittliche Formen angenommen haben sollte, kann sich der Verlobte auf die von ihm selbst herbeigeführten Umstände nicht berufen (**RG.** 52, 48; JW. 05, 288; 10, 942).

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1303.

Fink, DJZ. 17, 680 fordert die Beibringung eines Gesundheitszeugnisses als Voraussetzung der Eheschließung zur Hebung der Volkskraft in und nach dem Kriege.

§ 1304.

1. Josef, BoschersZ. 17, 233. In der Ehemündigkeit ist nicht (vgl. §§ 1303, 1304 Abs. 1) die Fähigkeit enthalten, alle einer volljährigen Braut zustehenden Rechtshandlungen vorzunehmen, z. B. bei Gericht zu beantragen, den Standesbeamten zur Vornahme der verweigerten Eheschließung anzuhalten. Ebensowenig ist das Kind nach Vollendung des 14. Lebensjahrs befähigt, die Genehmigung zur Ehelichkeitserklärung und zum Wahlkindschaftsvertrage zu erklären (§§ 1728, 1729, 1750, 1751).

2. Karlsruhe 30. 9. 16, LeipzZ. 17, 353, OLG. 35, 341. Die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 setzt dem richterl. Ermessen eine rechtliche Schranke und erheischt eine sorgfältige Vergleichung der Gesamtlage des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten (Entmündigten), insbes. auch der sittlichen Bedürfnisse, denen gegenüber Bedenken bloß wirtschaftl. Art zurücktreten müssen.

§ 1315.

I. Militärpersonen.

1. a) Preuß. Kriegsm. 22. 12. 16/4. 1. 17, StB. 17, 11. Ersatzrekruten, die in Erfüllung ihrer gesetzlichen aktiven Dienstpflicht eingestellt sind, bedürfen vom Zeitpunkt der tatsächlichen Einstellung der Heiratsgenehmigung;

b) desgl. — Preuß. Kriegsm. 29. 9. 15, StB. 17, 25 — Heimatsurlauber, die der aktiven Dienstpflicht genügen und noch nicht zur Reserve übergeführt worden sind.

2. Preuß. Kriegsm. 24. 12. 16, ABBl. 580, Standesa. 17, 9. Bei den infolge von Krankheit und Verwundung aus dem Felde zurückgekehrten und in Lazaretten des Heimatsgebiets untergebrachten Unteroffizieren und Mannschaften des Friedensstandes ist für die Erteilung der Erlaubnis zur Verheiratung der Garnisonälteste zuständig, sofern er mit der Disziplinarstrafgewalt eines Regimentskommandeurs ausgestattet ist, in Ermangelung eines solchen der mit der Disziplinarstrafgewalt eines Regi-

mentskommandeurs ausgestattete Vorgesetzte des Truppenteils, dem der Mann vor Aufnahme in das Lazarett angehört hat. — Wegen der in preußischen Lazaretten untergebrachten bayerischen Unteroffiziere und Mannschaften s. Preuß. Kriegsm. 24. 5. 17, AVBl. 296, Standesa. 17, 93.

II. Ausländer.

v. Wider teilt BoschersZ. 17, 172 eine Entschl. des württ. JM. mit, wonach einer Witwe italienischer Staatsangehörigkeit die Befreiung von dem Erfordernisse des Ehefähigkeitszeugnisses ihrer Heimatbehörde so lange nicht erteilt werden könne, als sie nicht das Aufgebot in Italien nachweise, oder aber von zuständiger Stelle bescheinigt werde, daß sie eines solchen nicht bedürfe.

§ 1317.

Dieben, FürsZBl. 17, 151 teilt zur Nachachtung ein franz. Ges. v. 4. 4. 15 mit, wonach für die Dauer des Krieges in besonders dringlichen Fällen die Eheschließung von Angehörigen der Armee oder Marine zugelassen ist, ohne daß der künftige Ehegatte, falls er sich unter den Fahnen befindet, persönlich zu erscheinen braucht, jedoch bedarf es der Ermächtigung des Justiz- und Kriegs- (Marine-) Ministers und der Vertretung durch einen Spezialbevollmächtigten (fondé de procuration spéciale).

§ 1322.

a) Josef, ZBlFG. 17, 294. Steht in einem Bundesstaate die Befreiung von Ehehindernissen (§ 1322) oder von dem zur Annahme an Kindesstatt erforderlichen Alter (§§ 1744, 1745) oder die Ehelichkeitserklärung (§ 1723) dem Justizminister zu und beauftragt dieser im Falle des § 1312 das Ehescheidungsgericht oder im Falle des § 1303 sowie im Falle des § 1723 das AG. mit der Vorbereitung der Entscheidung oder auch (vgl. preuß. JM. v. 24. 8. 15, JMBl. 194) mit der Bescheidung des Gesuchstellers, so waltet das so beauftragte Gericht lediglich in Vertretung des JM., also nur als Organ der Justizverwaltung, und auf seine Entscheidung finden die Vorschriften der ZPO. oder des FGG. keine Anwendung, vielmehr muß sich der Gesuchsteller zur Beseitigung der ergangenen gerichtlichen Entscheidung an den JM. wenden; vgl. LeipzZ. 16, 703 (Breslau). — Dagegen ist in Preußen die Befreiung von dem Hindernis der Wartezeit (§ 1313) nicht dem JM., also nicht der Justizverwaltungsbehörde, sondern kraft Gesetzes (oder der diesem gleichstehenden Kgl. VO. v. 16. 11. 99) dem AG., also einer Gerichtsbehörde unmittelbar übertragen, ohne daß hierbei diese Tätigkeit rechtlich gekennzeichnet ist und die auf sie anzuwendenden Vorschriften bestimmt sind. Nach dem Zwecke der dem Gericht übertragenen Tätigkeit wird diese als eine durch Landgesetz den Gerichten übertragene Angelegenheit der freiw. Gerichtsbarkeit anzusehen sein (vgl. OLG. 12, 120 [KG.]).

b) Ebenso Fechner, ZBlFG. 17, 490 für den Fall der §§ 1744, 1745, der deshalb auch für die Befreiung Gebührenfreiheit nach § 144 (nicht anwendbar § 98) PrGKG. zubilligt.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1323.

Schmid, BoschersZ. 17, 251. Eine Witwe behält den ihr an sich nach MilHinterbliebenenG. v. 17. 5. 07 zustehenden Anspruch, wenn ihre zweite Ehe für nichtig erklärt ist.

§ 1333.

1. Als „persönliche Eigenschaft" i. S. des § 1333 (vgl. **RG.** 52, 306) kann in Betracht kommen:

a) **RG.** 12. 10. 16, WarnE. 17, 55, der üble Ruf eines Mannes, den er sich durch sein voreheliches Verhalten zugezogen hat;

b) **RG.** 3. 5. 17, R. 17 Nr. 1427, WarnE. 17, 328, ein unheilbares Leiden, d. i. ein solches, bei dem nach aller ärztlichen Erfahrung eine Heilung ausgeschlossen erscheint;

c) Hamburg 9. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 224, die dauernde Unfähigkeit, geschlechtl. Verkehr mit dem anderen Ehegatten zu unterhalten, auch wenn die körperliche Unfähigkeit nur dem anderen Ehegatten gegenüber besteht (JW. 06, 167, 355; 10, 474; WarnE. 16 Nr. 84).

2. Kiel 25. 11. 16, SeuffA. 72, 265, SchlHolstAnz. 17, 81. Es widerstrebt den gegenwärtigen sittl. Anschauungen des deutschen Volkes, daß einem Ehegatten gestattet sein sollte, seine Ehe jederzeit wegen Irrtums anzufechten, wenn sich die Fortpflanzungsunfähigkeit des anderen Ehegatten herausstellt (Dernburg, Bürgerl. R. 4 § 19 Anm. 8, Endemann (8) 2 § 162 Anm. 22). Das BGB. betrachtet die Ehe nicht mehr unter dem Gesichtspunkte der Kindererzeugung, sondern sieht in ihr nur das Band, welches die beiden Ehegatten miteinander zu einer dauernden Lebensgemeinschaft verbindet (§ 1353 Abs. 1).

3. Rostock 12. 1. 17, MecklZ. 35, 273. Eine einzelne Verfehlung bildet keinen Anfechtungsgrund i. S. des § 1333, sondern kann nur dann Bedeutung erlangen, wenn aus ihr auf das Vorhandensein einer dauernden Eigenschaft geschlossen werden kann, **RG.** 52, 310; JW. 07, 258. Im übrigen entscheidet nicht das besondere subjektive Empfinden des anderen Eheteils, sondern der objektive, aus verständiger Würdigung des Wesens der Ehe zu entnehmende Maßstab. Das subjektive Empfinden eines Eheteils kann unter Umständen das Anfechtungsrecht einschränken, es aber nicht über das objektive Maß erweitern, JW. 11, 543.

4. **RG.** 16. 5. 17, R. 17 Nr. 1640, 1641, WarnE. 17, 326. Es ist sehr wohl denkbar und wird durch manche Erfahrung bestätigt, daß ein Mann sich zwar entschließt, einem Mädchen, mit dem er die Ehe eingehen will, einen einmaligen Fehltritt nachzusehen, daß er aber eine Eheschließung weit von sich weisen würde, wenn das Mädchen mit mehreren Männern geschlechtlichen Umgang gehabt hätte. Wird die Anfechtung der Ehe durch Widerklage geltend gemacht, so bestimmt sich die Anfechtungsfrist (§ 1339) nach dem Zeitpunkt, in dem die Widerklage rechtskräftig geworden ist.

§ 1345.

1. **RG.** 15. 2. 17, JW. 17, 465, LeipzZ. 17, 1135, WarnE. 17, 392. Kenntnis i. S. des § 1345 Abs. 1 ist wirkliche Kenntnis; bloßes Kennenmüssen genügt nicht, ebensowenig fahrlässige Unkenntnis, und diese selbst dann nicht, wenn der Bekl. über die Möglichkeit eines Anfechtungsgrundes zwar im Zweifel war, hierüber aber keine volle Gewißheit erlangt hat. Für einen sog. Eventualdolus, der für die Haftung des vorsätzlichen Schädigers nach §§ 823, 826 ausreicht, ist auf dem Gebiete des § 1345 kein Raum (**RG.** 78, 369).

2. Dresden 17. 12. 15, SächsOLG. 37, 412, SeuffA. 72, 302. Zu erfordern ist nicht die Kenntnis der Nichtigkeit (oder Anfechtbarkeit) in der rechtstechnischen Bedeutung des Begriffs mit den ihr eigenen rechtlichen Merkmalen, vielmehr muß das Bewußtsein genügen, daß der Gültigkeit und Vollwirksamkeit der Ehe ein rechtlicher Mangel, ein rechtliches Bedenken entgegensteht.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

§ 1353.

I. **RG.** 16. 4. 17, LeipzZ. 17, 1073, R. 17 Nr. 1823, WarnE. 17, 434 (hier 10. 4. 17). Das Recht auf Verweigerung der Gemeinschaft kann auch bestehen, ohne daß ein förmlicher Scheidungsgrund vorliegt, wie aus § 1353 Abs. 2 hervorgeht. Dies besonders, wenn ein Umstand vorliegt, der ursprünglich als Scheidungsgrund hätte dienen können, diese Eigenschaft aber durch Fristablauf nach der in § 1571 vorgesehenen Aufforderung verloren hat, zumal, wenn der schuldige Ehegatte sein Verhalten auch noch nach Erlassung der Aufforderung fortgesetzt hat.

II. **RG.** 19. 2. 17, R. 17 Nr. 1643, WarnE. 17, 224. Ist der Mann der Meinung, daß seine Frau ohne stichhaltigen Grund von ihm fortgegangen sei, so ist es ihm

nicht zu verübeln, wenn er ihr Fernbleiben nicht noch durch Gewährung von Unterhaltsgeldern unterstützt hat.

III. RG. 22. 3. 17, R. 17 Nr. 1073. Hat der Ehemann mit einer Beihälterin einen gemeinsamen Haushalt geführt, so genügt das bloße Aufhören dieses Verhältnisses allein nicht, um die Rückkehrpflicht der Frau nach Ablauf der für die Scheidungsklage zulässigen Frist zu begründen.

IV. Vereinbarungen wegen des Getrenntlebens.

1. RG. 23. 10. 16, R. 17 Nr. 765, 766. Vereinbarungen der Ehegatten über den nach der Scheidung zu gewährenden Unterhalt oder die Übernahme der Unterhaltspflicht durch einen Dritten verstoßen nur dann gegen die guten Sitten, wenn dadurch die Scheidung selbst und nicht nur deren Durchführung erleichtert werden soll. Wider die guten Sitten verstößt ein Vertrag, durch den der wahre Scheidungsgrund verschwiegen und ein vorgespiegelter Tatbestand dem Gericht unterbreitet wird.

2. RG. 15. 6. 17, R. 17 Nr. 1564. Nichtig ist ein Vergleich, in dem die Ehegatten ein dauerndes Getrenntleben vereinbaren ohne Rücksicht darauf, ob einem von ihnen ein gesetzlicher Grund zur Seite steht, und in dem bei solcher Sachlage der Mann sich zur Zahlung einer Rente an die Frau verpflichtet. Vgl. Ziff. 4 zu § 1361.

§ 1356.

1. Colmar (StrS.) 3. 10. 16, DStrafrZ. 17, 313. In den Kreis der der Frau nach § 1356 obliegenden Pflichten gehört in Abwesenheit des Mannes auch die Sorge für den Wachthund (Verhinderung lauten Bellens in der Nacht).

2. RG. 20. 9. 15, LeipzZ. 17, 136. Der Fortfall der von der Frau nach § 1356 dem Manne zu leistenden Dienste enthält zwar zunächst nur eine Schädigung des Mannes, aber auch die Frau kann insofern benachteiligt sein, als die Verringerung des Einkommens ihres Mannes auf den ihr zu gewährenden Unterhalt von Einfluß ist.

§ 1357.

1. RG. 4. 5. 17, LeipzZ. 17, 1132. Die Ehefrau vertritt innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises den Mann als Erfüllungsgehilfin (§ 278). Er hat daher auch für ihr der Verkehrssorgfalt zuwiderlaufendes Verhalten, z. B. bei der Behandlung eines in der Wohnung liegenden schadhaften Läufers, aufzukommen.

2. KG. 2. 2. 17, OLG. 34, 248. Zu den Geschäften, zu deren Besorgung die Frau kraft ihrer Schlüsselgewalt befugt ist, kann auch die Bestreitung von Ausgaben für den Unterhalt einer im elterlichen Hause lebenden volljährigen Tochter gehören, sofern und soweit die Ausgaben sich in den Grenzen der tatsächlichen Lebenshaltung des Mannes halten (RG. 61, 83).

3. Ausschließung der Schlüsselgewalt. a) KG. 3. 8. 16, R. 17 Nr. 829. Die grundlose Ausschließung der Schlüsselgewalt kann sich auch dann als Mißbrauch des Rechtes des Mannes darstellen, wenn die Eheleute zur Zeit der Ausschließung bereits getrennt gelebt haben. b) Ebenso RJA. 13, 76 (BayObLG.).

c) Dresden 21. 10. 16, SächsOLG. 38, 46. Zeitweiliges Getrenntleben der Eheleute steht der Ausschließung der Schlüsselgewalt der Frau durch den Mann nicht entgegen.

§ 1361.

1. RG. 16. 4. 17, LeipzZ. 17, 1073, R. 17 Nr. 1823, WarnE. 17, 434 (hier 10. 4. 17) vgl. oben Ziff. 1 zu § 1353.

2. KG. 15. 1. 17, LeipzZ. 17, 1280. Was in RG. 23. 11. 16 (unten Ziff. 1 zu § 1579) über eine weitergehende Verpflichtung der geschiedenen Frau, einem eigenen Arbeitserwerbe nachzugehen, ausgeführt ist, ist nicht ohne weiteres auf den Anwendungsfall der §§ 1360, 1361 zu übertragen, vielmehr kann hier die Ehefrau auf den Erwerb durch eigene Arbeit regelmäßig nur angewiesen werden, wenn dies nach den Lebensverhältnissen der Parteien üblich ist.

3. Karlsruhe 21. 2. 17, DJZ. 17, 760. Der Unterhaltsbeitrag des Ehemanns ist nicht nur seiner Höhe nach durch freies richterliches Billigkeitsermessen zu bestimmen, sondern dieses ist auch für die Modalitäten seiner Zahlung allein maßgebend. Die Bestimmungen des § 760 sind daher hierbei nicht unbedingt zu beachten.

4. **RG.** 15. 6. 17; 90, 323, JW. 17, 850. Der Ehemann hat an der gemäß § 1361 seiner Frau zu entrichtenden Rente keine aus dem ehelichen Güterrecht herzuleitende Verwaltung und Nutznießung.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

I. Gesetzliches Güterrecht. 1. Allgemeine Vorschriften

§ 1363.

1. **RG.** 15. 6. 17, JW. 17, 850; 90, 323. Der Ehemann hat an der Rente, die nach § 1361 zu zahlen, keine güterrechtl. Rechte.

2. **RG.** 15. 10. 17, R. 17, 2021. Läßt der Ehemann die Zinsen eines eingebrachten Sparkassenguthabens zuschreiben, so wachsen diese dem eingebrachten Vermögen zu.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§§ 1343ff.

Siber, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen nach BGB., IheringsJ. 67, 81ff., Ebbecke, Das Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung, GruchotsBeitr. 61, 558.

§ 1374.

1. **RG.** 15. 1. 17, R. 17, 414. Der Ehemann ist zur Buchführung über die Einnahmen und Ausgaben des eingebrachten Vermögens verpflichtet.

2. KG. 1. 10. 15, OLG. 34, 250. Wenn die Frau eine Verwaltungshandlung ablehnt, so ist zur Ersetzung der Zustimmung die Rechtslage eingehend dahin zu prüfen, ob das Verhalten des Mannes auch der rechten ehelichen Gesinnung entspricht.

§§ 1375, 1379.

Siber 108ff. unterscheidet zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verwaltungshandlung. Verwaltungshandlung ist jedes tatsächl. oder rechtl. Gebaren, das nach seiner Beschaffenheit den Zweck hat, das Vermögen zu erhalten, zu vermehren oder seinem Zweck zuzuführen. Unmittelbare Verwaltungshandlung ist solche, welche unmittelbar, nicht aus dem Innenverhältnis zwischen Verwalter und Gut heraus auf das verwaltete Gut einwirkt; mittelbar solche, die nur nach ihrem Inhalt eine Beziehung zu dem verwalteten Gut hat, oder kraft der Zweckbestimmung des Verwalters solche Beziehung gewinnt (136). Der Satz, daß der Mann stets im eigenen Namen über eingebrachtes Gut oder Gesamtgut verfügt, ist unrichtig. Die gesetzliche Verfügungsmacht des Mannes mit oder ohne Zustimmung der Frau enthält stets auch eine Vertretungsmacht; er kann also in solchen Fällen auch im Namen der Frau handeln. — Gegenüber der herrsch. Meinung, daß der Mann mit der nach § 1379 erfolgten Zustimmung die Frau auch durch Rechtsgeschäft mit Vorbehalt der Haftungsbeschränkung auf das eingebrachte Vermögen verpflichten kann, schließt Siber diese Befugnis für die Regel aus. Er läßt sie nur für bestimmte Verpflichtungsgeschäfte bestehen, die sich innerhalb des Rahmens unmittelbarer Verwaltungshandlungen halten, nämlich für verpflichtende Gestaltungsgeschäfte, insbesondere Rücktritt und Anfechtung von Verträgen, nicht aber für eigentliche Schuldverträge (149, 185).

§ 1380.

1. **RG.** 20. 3. 17; 90, 68, LeipzZ. 17, 1326, R. 17, 831. Der Ehemann kann einen Schmerzensgeldanspruch der Ehefrau auch im eigenen Namen einklagen.

2. Posen 6. 7. 17, PosMSchr. 17, 64. Das Urteil auf eine Klage des Mannes wegen Ersatzes eines der Frau entstandenen Schadens wirkt Rechtskraft gegenüber der Frau, sowohl wenn sie der Prozeßführung, wie soweit die Frau der Übernahme der Leistung durch den Mann zugestimmt hat, denn dann kann er über das Recht ohne Zustimmung verfügen.

3. Siber, Prozeßführung des Vermögensverwalters, entwickelt die Rechte des prozeßführenden Ehemannes. Die Klage des Mannes ist entweder Ausfluß eines Verwaltungsrechts (Klage im Namen der Frau) oder Prozeßstandschaft (Klage im eigenen Namen über ein fremdes Rechtsverhältnis). Beide Formen fließen aus seinem Verwaltungsrecht. Sie stellen entweder unmittelbare oder mittelbare Verwaltungshandlungen dar. Unmittelbare Verwaltungshandlung ist jede Prozeßführung über Rechte und Lasten des eingebrachten Gutes, soweit sie gegen die Frau wirkt. Eine solche Wirkung tritt nicht nur in dem Fall des § 1380 Satz 2 ein, sondern auch weitergehend schon, wenn die Frau der Prozeßführung zugestimmt hat (gegen die herrsch. Meinung). Zu unterscheiden sind unabhängig von der Parteirolle Aktivprozesse, welche die Rechte, Passivprozesse, welche die Lasten des eingebrachten Gutes betreffen. Bei Aktivprozessen ist der Streitgegenstand sowohl im Falle des § 1380 Satz 1 wie Satz 2 derselbe. Der Mann nimmt stets ein Recht der Frau wahr, nicht etwa im Falle des Satz 1 ein quasikonfessorisches Recht (gegen Planck, Staudinger, Dernburg, Schmidt). Das Urteil wirkt nicht nur im Falle des Satz 2 Rechtskraft gegen die Frau, sondern stets, wenn sie der Prozeßführung zugestimmt hat (gegen die herrsch. Meinung). Passivprozesse gehen gegen den Mann auf Herausgabe des unmittelbaren Besitzes, bei unmittelbarem Besitz der Frau nur gegen sie, sonst gegen die Frau wegen Abtretung des mittelbaren Besitzes. Mittelbare Verwaltungshandlung ist die Prozeßführung, wenn sie vom Mann im eigenen Namen über Besitz und Inhalt des ehemännlichen Verwaltungsrechts geführt wird. Hierzu gehören Streitigkeiten der Eheleute über Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut, Herausgabeansprüche gegen den Vermögensinhaber und Dritte zum Schutze des dem Verwaltungsrecht innewohnenden Rechts zum Besitze. Als unmittelbarer Besitzer ist der Mann auch gegenüber dingl. Herausgabeansprüchen passiv legitimiert, kann jedoch nicht nach § 76 ZPO. ohne Einverständnis der Frau den Streit auf sie abwälzen.

§§ 1381, 1382.

Siber, Verwaltungsrecht, JheringsJ. 67, 161 nimmt gegen die herrschende Meinung an, daß ein Erwerb zum Teil aus Mitteln des Ehemannes, zum Teil aus Mitteln des eingebrachten Gutes keine Bruchteilsgemeinschaft erzeugt; Surrogation findet nur dann statt, wenn allein Mittel des eingebrachten Gutes verwandt werden (169). Die Surrogationsbestimmungen gelten nur für den Erwerb im eigenen Namen. Handelt der Mann im Namen der Frau, so erwirbt sie kraft seiner gesetzlichen Vertretungsmacht.

§ 1387.

Hamburg 1. 11. 16, OLG. 34, 252, SeuffA. 72, 78. Gegen den Anspruch der Ehefrau auf Kostenvorschuß darf der Ehemann nicht aufrechnen, weil dieser Anspruch analog den gesetzlichen Alimentationsforderungen unpfändbar ist.

§ 1395.

RG. 2. 10. 16, JDR. 15 jetzt auch 88, 426, LeipzZ. 17, 44.

§§ 1395, 1398.

Bourier, BayNotZ. 17, 352. Die Zustimmung des Ehemannes zur Mitverfügung der Frau als Miterbin über einen zum ungeteilten Nachlaß gehörigen Gegenstand ist nicht nötig. Dieser einzelne Nachlaßgegenstand gehört nicht als solcher zum eingebrachten Gut. Solche Zustimmung ist dagegen zur Auseinandersetzung über den Nachlaß notwendig, weil diese stets sich als Verfügung über eingebrachtes Gut darstellt.

§ 1396.

¹Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts 21. Hier muß unter „Vertrag" auch schon die bloße Einigung verstanden sein und nicht etwa nur das Gesamtrechtsgeschäft, d. h. Einigung und Eintragung. Es kann nicht die vollendete Verfügung gemeint sein; denn ehe die Genehmigung des Mannes erteilt ist, kann man nicht sagen, daß die Frau verfügt habe. Der § 1396 ist nicht bloß dahin zu verstehen: hat die Frau aufgelassen und ist der Erwerber eingetragen ohne Einwilligung des Mannes, so ist die Rechtsänderung unwirksam, sondern auch dahin: will die Frau durch Vertrag verfügen, so bedarf sie der Genehmigung des Mannes zur Einigung. Unter dem Vertrag ist die Einigung zu verstehen oder mitzuverstehen. Das Gesetz selbst bezeichnet also die Einigung als Vertrag. Daß der Grundbuchrichter nicht mangels Genehmigung des Mannes die Entgegennahme der Auflassung ablehnen darf, folgt daraus, daß die Genehmigung nachgebracht werden kann. Nur die Eintragung kann er ablehnen, bis die Genehmigung in der Form des § 29 GBO. nachgebracht wird.

§ 1400.

Siber, Prozeßführung 44f. Die Prozeßführung der Frau mit Zustimmung des Mannes nach § 1400 wirkt für und gegen den Mann, nicht nur bei Passivprozessen, wie die herrschende Meinung annimmt.

§ 1401.

Posen 7. 4. 17, DJZ. 17, 692. Die Ehefrau des Kriegsteilnehmers hat kein eigenes Beschwerderecht gegen die Bestellung des Vertreters.

§ 1402.

KG. 30. 6. 16, R. 17, 832. Zu den persönlichen Angelegenheiten der Frau gehört auch die Verfolgung der Unterhaltsansprüche des von ihr unterhaltenen Kindes und der zur Befriedigung dieser Ansprüche abgeschlossenen Rechtsgeschäfte.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411.

1. KG. 19. 11. 15, KGJ. 49, 20. Das Duldungsurteil gegen den Mann wird weder durch eine Unterwerfungsurkunde des Ehemannes noch durch eine Umschreibung gegen den Ehemann als Nießbraucher und Sondernachfolger ersetzt (vgl. JDR. 15).

2. Siber, Prozeßführung 52ff. Verhältnis der Klagen gegen die Frau auf Leistung und gegen den Mann auf Duldung. Die Klage auf Duldung der Vollstreckung gegen den Ehemann hat weder einen selbständigen Anspruch noch eine eigene Haftung des Mannes, noch eine besondere Schuld des eingebrachten Gutes zum Gegenstand. Sie ist auch nicht rechtsgestaltend, auch nicht reiner Anwendungsfall des § 256 ZPO. Streitgegenstand ist lediglich die Feststellung, daß einer Vollstreckung in das eingebrachte Gut Nutznießung und Verwaltungsrecht des Mannes nicht entgegensteht. — Die Klage ist notwendig, auch wenn die Prozeßführung der Frau gegen den Mann wirkt, die Prozeßführung des Mannes in der Duldungsklage wirkt niemals gegenüber der Frau. Rechtskräftige Verurteilung der Frau wirkt gegen den Mann nur bei Zustimmung zu ihrer Prozeßführung oder wo solche unnötig ist. Die rechtskräftige Abweisung der Klage gegen die Frau kommt dem Mann als Tatbestandswirkung zugute.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1419.

RG. 9. 11. 16, R. 17, 63. Der Anspruch der Frau auf Dividende am künftigen Konkurse des Mannes wegen der Rückgewähr des eingebrachten Gutes ist abtretbar.

5. Gütertrennung.

§§ 1429, 1430.

RG. 16. 11. 16, R. 17, 64. Der Ehemann hat die Beweislast für die wirkliche Überlassung der Vermögensverwaltung. Ein allgemeines gutes Einvernehmen genügt nicht zum Beweise.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht. 1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432.

1. **RG.** 28. 9. 16, LeipzZ. 17, 270. Der Gütertrennungsvertrag wird durch Ehescheidung nicht unwirksam, selbst wenn die Parteien den Vertrag nur aus der Erwägung heraus geschlossen haben, daß die Ehe bestehen bleiben würde.

2. BayObLG. 30. 10. 16, OLG. 34, 253. Ein Ehevertrag, welcher bestimmt, daß die ganze zukünftige Errungenschaft der Frau verbleibt, so daß der Mann vermögenslos bleibt, ist als sittenwidrig nichtig.

§ 1438.

1. Aubele, BayNotZ. 17, 135. Stirbt ein Miterbe in Errungenschaftsgemeinschaft, zu der ein noch auf den Namen des Erblassers eingetragenes Grundstück gehört, und leben die Rechtsnachfolger dieses Miterben in fortgesetzter Gütergemeinschaft, so können diese die Eintragung der fortgesetzten Gütergemeinschaft als Mitrechtsnachfolger im Grundbuch verlangen, wenn die anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft der Eintragung zustimmen. Es wird dies im Gegensatz zu einer mitgeteilten ablehnenden Gerichtsentscheidung damit begründet, daß diese Rechtsnachfolger, diese fortgesetzte Gütergemeinschaft, auch einen Anteil an dem einzelnen Grundstück besitzen. Auch Bourier, BayNotZ. 17, 345ff. hält den Eintragungsantrag, doch aus anderen Gründen, für berechtigt. Es kommt nach ihm nicht darauf an, ob diesen Interessenten ein Anteil zusteht, oder ob dieser Anteil in die fortgesetzte Gütergemeinschaft fällt, sondern nur darauf, wem das Eigentum an dem ungeteilten Grundstück zusteht, und wer Teilhaber der Erbengemeinschaft ist.

2. Wieruszowski, DJZ. 17, 574. Ein Vertrag, durch den die Ehegatten einen Anteil an der Gütergemeinschaftsmasse unter Vorbehalt der Verfügung für den Vater einem Kinde mit der Wirkung übereignen, daß der Anteil der Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger des Kindes unterliegen soll, ist nach BGB. nicht möglich.

§ 1443.

1. **RG.** 19. 3. 17, JW. 17, 655. Die Schadensklage wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit der Frau steht jedem Ehegatten zu.

2. Siber, Prozeßführung 48ff. Mann oder Frau mit Zustimmung des Mannes sind zur Klage legitimiert; Frau ohne Zustimmung nur in den Fällen der §§ 1449, 1450, 1452, 1454. Beide haben Prozeßstandschaft. Klageantrag geht auf Leistung; wenn die Frau mit Zustimmung klagt, auf Leistung an den Mann. Passivprozesse (56ff.) richten sich a) gegen die Gemeinschaft, b) gegen einen Ehegatten (schuldrechtliche Ansprüche), c) gegen beide (Herausgabeansprüche). Mann führt diesen Prozeß gegen die Gemeinschaft stets in Prozeßstandschaft, Frau im Namen des Mannes nur als Notverwalterin oder Gewerbefrau. Frau kann jedoch als Notverwalterin auch im eigenen Namen auftreten, sonst darf sie nur mit Zustimmung des Mannes im eigenen Namen auftreten. Die Prozeßführung des einen Ehegatten wirkt, soweit er legitimiert ist, gegen andere, also stets bei Prozessen gegen den Mann, weil dann Streitgegenstand entweder ein Anspruch gegen die Gemeinschaft oder die Feststellung der Vollstreckbarkeit der Gesamtgutsverbindlichkeit der Frau gegenüber dem Gesamtgut oder eine Gesamtgutsverbindlichkeit des Mannes ist. Bei Prozessen gegen die Frau ist in den obenerwähnten Ausnahmefällen der Streitgegenstand der gleiche, in den Regelfällen bei Klage auf Leistung Gesamtgutsverbindlich-

keit der Frau, bei Duldungsklage die Vollstreckbarkeit einer Verpflichtung des Mannes gegen das Gesamtgut. Bei Klagen gegen die Frau auf Leistung tritt Rechtskraft gegen den Mann nur ein, wenn er der Prozeßführung zugestimmt hat, oder die Zustimmung unnötig ist. Die rechtskräftige Abweisung der Leistungsklage gegen die Frau macht aber ohne Rechtskraft die Duldungsklage gegen den Mann gegenstandslos, und gibt ihm ein Recht, eine Leistungsklage nach § 1459 durch nachträgliche Genehmigung zu beseitigen. Die Verurteilung der Frau zur Duldung hat keine Rechtskraft für die Klage gegen den Mann auf Leistung.

3. Ebbecke a. O. 579. Auch der gütergemeinschaftl. Ehemann hat ein Verwaltungsrecht; dasselbe wird aber durch sein Verfügungsrecht absorbiert und zeigt sich nur in der Berechtigung auf Ersetzung der Zustimmung der Frau im Falle des § 1447.

§ 1445.

Bourier, BayNotZ. 17, 345ff. Verfügungsrecht der Teilhaber einer Gesamthand über ein Grundstück mit Rücksicht auf den Güterstand (vgl. zu §§ 1395, 1438).

Für die Verfügungsbefugnis der in Gütergemeinschaft lebenden Miterbin über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück ist nicht entscheidend, ob der Anteil der Miterbin in das Gesamtgut fällt, sondern ob die Verfügung sich auf ein Grundstück erstreckt. Der Anteil der Miterbin ist niemals mit dem der Errungenschaftsgemeinschaft gehörigen Grundstück identisch. Der gütergemeinschaftliche Ehemann bedarf daher zur Verfügung über ein solches Grundstück niemals der Zustimmung der Frau, die Frau dagegen stets.

Wenn solch gütergemeinschaftlicher Miterbe gestorben ist, so bedarf derjenige Ehegatte, der die Gütergemeinschaft fortsetzt, ebenfalls nicht zur Verfügung des Nachlaßgrundstückes der Zustimmung der Abkömmlinge (351).

Bei einer Verfügung des überlebenden Ehegatten über ein zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehöriges Grundstück ist die Zustimmung des Ehemannes der Tochter, welche Genossin der Gütergemeinschaft ist, selbst wenn sie im gesetzlichen Güterrecht lebt, nicht nötig (352).

§ 1450.

OLG. Posen 7. 4. 17, vgl. zu § 1401.

§ 1455.

RG. 24. 7. 15; 90, 288, R. 17, 1645, 1646. Der Ehemann haftet auf die Bereicherung in voller Höhe des Betrages, sei es, daß die Verbindlichkeit zur Herausgabe in der Person der Ehefrau erwachsen, oder nach § 1451 zugleich in der Person des Mannes entstanden ist. Auch heimlicher, verbotener Erwerb der Ehefrau wird Gesamtgut.

§ 1471.

RG. 8. 1. 17; 89, 296, JW. 17, 287, R. 17, 417. Das Recht auf Auseinandersetzung kann vertraglich dahin beschränkt werden, daß die Teilhaber bestimmen, die Auseinandersetzung solle gegen Sicherheitsleistung vorläufig unterbleiben (gegen Opet, Anm. 5).

§ 1472.

1. Hamm 26. 9. 16, SeuffA. 72, 13. Während der Auseinandersetzung hat der Ehemann keinen Anspruch auf Alleinbesitz.

2. Hamburg 12. 6. 15, OLG. 34, 254. Nach Beendigung der Gütergemeinschaft ist der Mann zur Auskunft verpflichtet. Er kann sich dieser Pflicht nicht durch Berufung auf § 273 BGB. entziehen, wenn die Frau sich im Besitz eines Teiles des Gesamtgutes befindet.

§ 1480.

1. **RG.** 9. 11. 16, R. 17, 65. Die Haftung der Ehefrau entsteht erst mit der vollständigen Teilung.

2. Stuttgart 24. 11. 16, R. 17, 66. Solche vollständige Teilung liegt auch vor, wenn ein Ehegatte das ganze Gesamtgut erhalten hat.

3. **RG.** 1. 2. 17; 89, 360, JW. 17, 465, R. 17, 637—640. Zwischen dem Urteil auf Duldung der Vollstreckung und dem auf Leistung unter Beschränkung der Haftung auf das Gesamtgut besteht der Unterschied, daß das letztere vollstreckt werden kann, das erstere nicht. Die Witwe, welche nicht persönlich haftet, kann während des Liquidationszustandes nur zur Duldung, nicht zur beschränkten Haftung verurteilt werden.

4. Siber, Prozeßführung 59ff. Während das zur Vollstreckung in den Regelfällen erforderliche Urteil gegen den Mann während der Dauer der Gemeinschaft sowohl auf Leistung wie auf Duldung der Vollstreckung lauten kann, hat es nach Erlöschen der Haftung gemäß § 1459 Satz 2 nur auf Duldung, nach Beendigung der Auseinandersetzung (§ 1480) auf Leistung unter Beschränkung der Haftung zu lauten. Die Beschränkung hat sich ausdrücklich auf die zugeteilten Gegenstände ,nicht auf das Gesamtgut zu beziehen.

§§ 1482ff.

Hamburg 14. 7. 16, OLG. 34, 253. Eine die Erbschaft des Mannes ablehnende Gesamtgutswitwe bleibt trotz Nachlaßverwaltung und Konkurseröffnung gegenüber der Klage wegen einer auf dem Gesamtgut haftenden Hypothek passiv legitimiert, wenn der Konkursverwalter dies Grundstück nicht zur Masse gezogen hat, mag sie auch persönlich nicht haften.

§ 1487.

RG. 8. 4. 15, SeuffA. 72, 14. Zur Umschreibung eines Grundstücks auf Witwe und Kinder bedarf es der Zustimmung der volljährigen Kinder.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Das RG. (Ziff. II E 4 zu § 1568) hat nicht ohne weiteres eine Verfehlung gegen § 1568 darin erblickt, daß ein Ehegatte sich weigert, lediglich aus äußeren Gründen und ohne innere Überzeugung seinen Glauben zu wechseln, selbst wenn er vor der Eheschließung ein dahingehendes Versprechen ehrenwörtlich abgegeben hat.

§ 1564.

RG. 10. 3. 17, LeipzZ. 17, 793. Die Einheitlichkeit der Verhandlung und Entscheidung in Ehescheidungssachen erfordert, daß das RevGericht, auch wenn der Bekl. mit der Rev. nur beantragt hat, die Ehe auch auf seine Widerklage zu scheiden und die Kl. für mitschuldig zu erklären, doch, wenn Grund zur Aufhebung der Vorentscheidung gegeben ist, das ganze Urteil, auch soweit es den Bekl. verurteilt, aufgehoben werden muß.

§ 1565.

I. Beweis.

RG. 13. 1. 17, LeipzZ. 17, 731. Unzulänglich ist eine Eideszuschiebung an den anderen Ehegatten, daß er während des Getrenntlebens der Eheleute mit „Dirnen" wiederholt geschlechtlich verkehrt habe. Bei der Aufstellung einer dahingehenden Behauptung handelt es sich um eine bloße Vermutung.

II. Zustimmung zum Ehebruch.

1. a) **RG.** 18. 2. 16, LeipzZ. 17, 657. Die Zustimmung zum Ehebruch als rein tatsächlicher Vorgang braucht dem anderen Ehegatten nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann auch aus einer bloß stillschweigenden Billigung des Ehebruchs entnommen werden.

b) Ebenso **RG.** 16. 5. 17, WarnE. 17, 275.

2. **RG.** 17. 9. 17, GruchotsBeitr. 62, 121, R. 17 Nr. 1834. Anstiftung des Kl. zum Ehebruche kommt als Zustimmung zum Ehebruche schon dann in Frage, wenn er nur das seinem Willen entsprechende Bewußtsein hat, der Dritte könne möglicherweise selber die Bekl. zur Untreue verführen wollen, besonders dann, wenn er neben dem Versprechen einer hohen Erfolgsprämie dem im Rufe eines gewerbsmäßigen Ehebrechers stehenden Dritten auch noch Umstände bekannt gegeben hat, die gerade ihm die Verführung der Bekl. zu erleichtern geeignet waren.

§ 1566.

RG. 10. 3. 17, LeipzZ. 17, 794, R. 17 Nr. 1074, 1075, 1076. Ein „Trachten nach dem Leben" setzt eine Betätigung des ernstlichen Willens in der Richtung gegen das Leben des anderen Teiles zum mindesten durch vorbereitende Handlungen voraus, wird aber nicht durch bloße Äußerungen einer Tötungsabsicht erfüllt. Auch zur Anwendbarkeit des § 1568 reichen solche Äußerungen nicht aus, wenn nicht der andere Teil Umstände dartut, die erkennen lassen, daß es sich nicht um leeres, in der Aufregung getanes Gerede, sondern um Äußerungen einer nach außen erkennbaren ehewidrigen Gesinnung gehandelt hat, die das eheliche Verhältnis zu zerrütten geeignet gewesen sind.

§ 1567.

1. Dresden 9. 6. 16, JDR. 15 Ziff. 4 zu § 1567, auch LeipzZ. 17, 764, SächsOLG. 38, 137.

2. **RG.** 1. 3. 17, LeipzZ. 17, 1073, R. 17 Nr. 834. Die Scheidung aus § 1567 Abs. 2 Nr. 1 setzt ein genügendes Verständnis des Bekl. von der Bedeutung des Herstellungsurteils und einen solchen Grad von Willensfreiheit voraus, daß er für das Fernbleiben verantwortlich gemacht werden kann. Für eine dahingehende Feststellung genügt nicht ohne weiteres der Eindruck, den der eine (taubstumme) Ehegatte auf den mit dem Sühneversuche beauftragten Richter gemacht hat.

3. Hamburg 7. 1. 16, OLG. 34, 258. Durch die Nichtbefolgung des Herstellungsurteils erwirbt der Kl., sofern sich die Bekl. grundlos von ihm fernhielt, das Recht, Scheidung zu begehren, und dieses Recht ist dadurch nicht wieder untergegangen, daß er später (z. B. durch einen Ehebruch) der Bekl. den Grund dazu geboten hat, auch ihrerseits auf Scheidung zu klagen. Nur wenn seine ehebrecherischen Beziehungen schon vor Ablauf des in § 1567 Abs. 2 Nr. 1 vorgesehenen Jahres begonnen hätten, schlössen sie sein Recht aus, wegen böslicher Verlassung auf Scheidung zu klagen.

4. Dresden 4. 4. 16, OLG. 34, 258, SächsOLG. 38, 107. Hat die Frau dem Herstellungsurteile keine Folge geleistet, so wird die Annahme, daß sie dem Urteile in böslicher Absicht nicht nachgekommen sei, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kl. innerhalb der einjährigen Frist Ehebruch begangen hat, wenn sie davon erst nach Ablauf des Jahres Kenntnis erlangt hat (**RG.** 81, 296, SächsRpflArch. 13, 515). Wohl aber ist auf ihre Widerklage die Ehe auch wegen Ehebruchs des Kl. nach § 1565 zu scheiden.

5. **RG.** 14. 12. 16, LeipzZ. 17, 869, R. 17 Nr. 1832. Der zur Herstellung der häusl. Gemeinschaft verurteilte Ehegatte kann den Vorwurf der Böslichkeit seines fortdauernden Getrenntlebens nicht schon dadurch allein entkräften, daß er ihm zur Kenntnis gekommene Eheverfehlungen des anderen Teiles nachweist, vielmehr müssen diese Verfehlungen zum mindesten mitbestimmend auf sein eigenes Verhalten, und zwar auf den Willen, nicht zurückzukehren, eingewirkt haben. Es darf ihm also für seinen Entschluß, die Trennung aufrecht zu erhalten, nicht ohne jede ursächliche Bedeutung gewesen sein, wenn ihm in der Zeit der Trennung nach Rechtskraft des Herstellungsurteils bekannt wird, daß der andere Ehegatte auf Abwege geraten ist. Nur das hat **RG.** 81, 296, JDR. 12 Ziff. 1 ausgesprochen sein sollen.

§ 1568.

I. a) Wegen der Beweispflicht des Kl., der sich auf eine Eheverfehlung des anderen Ehegatten beruft, verbleibt **RG.** 3. 2. 17, LeipzZ. 17, 870 bei der bisherigen Rechtspr. JDR. 15 Ziff. III.

b) **RG.** 2. 10. 16, R. 17 Nr. 1080, WarnE. 17, 124. Zutreffendenfalls, nämlich sofern eine schwere Eheverfehlung nur vorliegt, wenn nicht auch der andere Eheteil bei demselben Vorfalle sich einer Eheverfehlung schuldig gemacht hat, hat der Kl. den ganzen Verlauf des Vorfalls klarzulegen und damit das Nichtvorliegen der Umstände darzutun, die der Handlungsweise des anderen Teiles den Charakter der schweren Eheverfehlung nehmen.

II. Schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten.

A. Im allgemeinen.

1. **RG.** 9. 6. 17, LeipzZ. 17, 1126. Die Frage, ob eine Eheverfehlung geeignet sei, das eheliche Verhältnis so tief zu zerrütten, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden könne, ist nicht bloß vom subjektiven Standpunkte des verletzten Ehegatten, sondern auch aus dem Wesen der Ehe als einer über dem Willen der Ehegatten stehenden sittl. Lebensordnung heraus zu beantworten.

2. **RG.** 5. 3. 17, R. 17 Nr. 1077—1079. Ob ein bestimmtes Verhalten eines Ehegatten eine Verletzung der nach sittlichen Anschauungen durch die Ehe begründeten Pflichten darstellt, bildet eine nach objektiven Grundsätzen sich bestimmende, in der RevInstanz nachprüfbare Rechtsfrage. Die ernstliche Aufforderung einer Ehefrau an eine weibliche Person, mit dem Ehemanne in Geschlechtsverkehr zu treten, kann eine schwere Eheverfehlung darstellen.

B. Verletzung der Treupflicht.

1. **RG.** 23. 4. 17, LeipzZ. 17, 1074. Unter den Pflichten der Ehegatten steht die Treupflicht obenan. Die Erwägung, daß man es im bäuerlichen Stande mit der ehelichen Treue weniger genau nehme als in anderen Ständen, entbehrt jeglicher Berechtigung.

2. **RG.** 12. 6. 17, JW. 17, 970. Die Treupflicht verlangt, daß die Ehegatten während des Bestehens der Ehe im Umgange mit Personen anderen Geschlechts und in ihrem Benehmen diesen gegenüber alles vermeiden, was geeignet ist, in dem einen Gatten Zweifel an der ehelichen Treue des anderen zu erwecken.

C. Ehrenkränkungen.

Als Eheverfehlung anerkannt:

1. **RG.** 22. 2. 17, LeipzZ. 1136. Jahrelang fortgesetzte Vorhaltungen einer begangenen Verfehlung, durch die dem anderen Teile die Fortsetzung der Ehe unerträglich gemacht wird.

2. **RG.** 5. 3. 17, WarnE. 17, 184. Der einem Dritten gegenüber gemachte Versuch, ihn zur Begehung des Ehebruchs mit dem anderen Ehegatten zu bestimmen.

3. **RG.** 19. 4. 17, LeipzZ. 17, 794. Beschimpfungen der Mutter des anderen Ehegatten, durch die dieser selbst mittelbar betroffen wird.

D. Vernachlässigung der Kinder und der Wirtschaft.

1. a) **RG.** 3. 11. 16, LeipzZ. 17, 260. Vernachlässigung des gemeinsamen Kindes dessen Gedeihen dadurch gefährdet wird.

b) **RG.** 24. 4. 17, JW. 17, 656, LeipzZ. 17, 794, R. 17 Nr. 1083, SeuffA. 72, 323. Mißhandlung der Stiefkinder unter Überschreitung des Züchtigungsrechts. Vgl. unten Ziff. I 4 zu § 1631.

2. a) **RG.** 18. 12. 16, LeipzZ. 17, 460. Böswilliges Schuldenmachen hinter dem Rücken des anderen Ehegatten.

b) **RG.** 7. 5. 17, LeipzZ. 17, 1052. Bösliche oder doch grobfahrlässige Vernachlässigung der hauswirtschaftlichen Pflichten der Frau trotz Warnung und Einwirkung des Mannes.

E. Minderschwere Fälle.

1. Dresden 26. 10. 16, SächsRpflA. 17, 99. Nichterfüllung der übertrieben an den Geschlechtsverkehr gestellten Anforderungen.

2. **RG.** 11. 1. 17, HessRspr. 17, 305. Bezichtigung des Ehebruchs im Scheidungsprozeß, wenn sie nicht leichtfertig und zugleich mißbräuchlich, d. h. nicht zur Wahrnehmung von Rechten, sondern zur Kränkung des Gegners aufgestellt wurde.

3. **RG.** 26. 3. 17, JW. 17, 656, LeipzZ. 17, 926, R. 17 Nr. 1082. Geltendmachung von vermeintlichen Ansprüchen, namentlich wenn Gütertrennung besteht, im Wege des Prozesses, wenn der Kl. genügende Veranlassung zur Klage hatte oder doch zu haben glaubte.

4. **RG.** 10. 5. 17, BayRpflZ. 17, 323, JW. 17, 765, LeipzZ. 17, 1255, R. 17 Nr. 1648, SeuffA. 72, 369, WarnE. 17, 276. Es ist weder ein ehrloses oder unsittliches Verhalten noch eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, wenn ein Ehegatte sich weigert, lediglich aus äußeren Gründen und ohne innere Überzeugung seinen Glauben zu wechseln, besonders, wenn der andere Ehegatte dem Übertritt nur „eine mehr äußere Bedeutung" beigelegt hat. An dieser Beurteilung kann das vor der Eheschließung abgegebene ehrenwörtliche Versprechen nichts ändern, vielmehr würde gerade dieses Versprechen, wenn es ohne innere Überzeugung abgegeben ist, gegen die guten Sitten verstoßen und den Versprechenden nicht binden.

III. Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses.

1. **RG** 13. 2. 17, LeipzZ. 17, 731. Aus der Tatsache, daß mit der Klage die Scheidung der Ehe begehrt wird, allein kann auf die ehezerrüttende Wirkung einer Verfehlung des anderen Teiles nicht geschlossen werden.

2. **RG** 28. 10. 16, R. 17 Nr. 1647. Daraus, daß ein Ehegatte nach Beratung mit seinem Prozeßbevollmächtigten zunächst nicht die Scheidungsklage, sondern Klage auf Herstellung der häusl. Gemeinschaft erhoben hat, kann nicht gefolgert werden, daß er bestimmte Vorgänge, auf die er später die Scheidungsklage gründet, nicht als ehezerrüttend empfunden habe.

3. a) **RG.** 5. 12. 16, LeipzZ. 17, 870, WarnE. 17, 29. Es genügt zur Anwendung des § 1568, daß die Pflichtverletzung dazu beigetragen hat, die bestehende Zerrüttung zu vertiefen, zu befestigen oder in ihrem Fortbestande zu sichern und so die einer Aussöhnung entgegenstehenden Hindernisse zu vermehren (vgl. JW. 00, 549 Nr. 1902).

Ebenso b) **RG.** 5. 2. 17, HessRspr. 18, 1; c) Colmar 30. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 281.

IV. Zumutung der Fortsetzung der Ehe.

1. a) **RG.** 4. 12. 16, R. 17 Nr. 1081. Bei Prüfung der Frage, ob dem Kl. die Fortsetzung der Ehe zuzumuten sei, ist es erforderlich, auch das eigene Verhalten des Kl., insbes. seine eigenen verjährten und verziehenen Verfehlungen zu würdigen.

Ebenso b) **RG.** 27. 11. 16, WarnE. 17, 30, 31; c) 19. 5. 17, WarnE. 17, 329.

2. **RG.** 8. 1. 17, R. 17 Nr. 418. Leistet die Ehefrau, obwohl ihr die schwachen Vermögensverhältnisse ihres Mannes bekannt sind, von ihren Einkünften nichts für den ehelichen Aufwand, so widerspricht dies ihrer im Wesen der Ehe begründeten sittlichen Pflicht, auch nach ihren Kräften beizutragen, um den Haushalt nicht unter vermeidbaren Sorgen leiden zu lassen und das gemeinsame Zusammenleben erträglich und verträglich zu gestalten. Mag dies Verhalten auch nicht gerade eine Eheverfehlung nach § 1568 sein, so muß es doch bei der Frage der Zumutung mit abgewogen werden.

3. **RG.** 15. 1. 17, R. 17 Nr. 419. Ein Mann vom Stande eines Baumeisters, der seine Frau unwürdig behandelt und geradezu planmäßig darauf ausgeht, sie zum äußersten zu quälen, ist, auch wenn seine Frau sich zu an sich schweren Beleidigungen hinreißen läßt, der Pflicht zur Fortsetzung der Ehe nicht überhoben.

§ 1569.

1. **RG.** 30. 10. 16, LeipzZ. 17, 391, R. 17 Nr. 220, WarnE. 17, 32. Der gesunde Ehegatte darf nicht aus den durch den Geisteszustand des erkrankten Ehegatten hervorgerufenen Störungen einen Anlaß entnehmen, schlechthin jede Gemeinschaft mit ihm von sich aus abzulehnen. Er hat vielmehr bei der Gestaltung des Ehelebens, soviel an ihm liegt, auf das Leiden seines Ehegatten Rücksicht zu nehmen. Nur dann, wenn seinem redlichen Willen der Geisteszustand des Erkrankten ein unüberwindliches Hindernis gemeinsamen Denkens und Empfindens gegenüberstellt, beruht eine darin begründete völlige innere Entfremdung auf dieser geistigen Erkrankung.

2. **RG.** 3. 2. 16, WarnE. 17, 362. Die Voraussetzung der dreijährigen Dauer einer Geisteskrankheit kann auch dann erfüllt sein, wenn der Ehegatte sich nicht die ganze

Zeit über in einer Anstalt aufgehalten hat, sofern er sich nur während der drei Jahre fortdauernd in einem einheitlichen Zustande geistiger Erkrankung befunden hat. Der Umstand, daß die Voraussetzungen der Entmündigung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 nicht vorliegen, oder das Gericht den Ehegatten für prozeßfähig gehalten hat, schließt die Scheidung auf Grund des § 1569 nicht aus.

§ 1571.

1. **RG.** 22. 3. 17, JW. 17, 660. Die Frist des § 1571 Abs. 2 gehört zu den Fristen, deren Lauf nach § 8 KTSchG. v. 4. 8. 14 gehemmt ist.

§ 1573.

RG. 6. 12. 16, LeipzZ. 17, 391. Die Annahme, daß die unverziehenen Verfehlungen solche sein müßten, welche für sich allein eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten darstellten, steht mit der Vorschrift des § 1573 im Widerspruch, welche eine Heranziehung solcher Tatsachen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gestützt werden, zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage gerade unter der Voraussetzung will, daß diese anderen Tatsachen für sich allein zur Begründung der Scheidungsklage nicht genügend erscheinen (GruchotsBeitr. 50, 1101; JW. 07, 1079). Es ist auch nicht erforderlich, daß diejenigen Tatsachen, auf welche die Scheidungsklage nicht mehr gestützt werden kann, ihrerseits für sich allein eine schwere und ehezerrüttende Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten darstellen müssen, um sie zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage heranzuziehen. Andererseits können Vorkommnisse, die als selbständige Scheidungsgründe nicht mehr in Betracht kommen, auch im Wege der Heranziehung zur Unterstützung der Vorkommnisse, auf welche die Scheidungsklage gestützt wird, nicht zur Scheidung führen, wenn sie für sich allein ganz bedeutungslos sind und sich überhaupt nicht als Eheverfehlungen darstellen.

§ 1574.

1. **RG.** 4. 12. 16, LeipzZ. 17, 392. Ist eine Ehe nur wegen eines bestimmten ehewidrigen Verhaltens der Bekl. geschieden worden, während alle übrigen beiderseitigen Scheidungsgründe aus früherer Zeit, weil verjährt oder verziehen, als erfolglos ausgeschieden sind, so kann die Bekl. auf diese früheren Vorfälle allein die Mitschuld des Kl. nicht gründen, da sie dem einzigen erfolgreich geltend gemachten Scheidungsgrunde des Kl. in keiner Weise zeitlich gegenübergestanden haben.

2. **RG.** 10. 5. 17, R. 17 Nr. 1428, WarnE. 17, 330. Die Vorschrift des § 1574 Abs. 3 ist keine rein prozessuale, stellt vielmehr in erster Reihe einen dem materiellen Recht angehörigen Rechtsbehelf zugunsten desjenigen Eheteils dar, welcher die ihm aus dem Unterliegen gegenüber der Scheidungsklage drohenden Nachteile von sich abwenden will, ohne seinerseits die Scheidung zu betreiben. In Schweden besteht keine entsprechende Vorschrift; bei einer nach schwedischem Recht zu beurteilenden Scheidung bedarf es daher auch keines Ausspruchs über die Schuld oder Mitschuld (EG. Art. 17 Abs. 1). Vgl. auch unten Ziff. 2 zu Art. 17 EGBGB.

3. Rostock 9. 11. 16, MecklZ. 35, 173. Auf Tatsachen, die in einem früheren Scheidungsprozesse geltend gemacht werden konnten und deren Geltendmachung daher nach § 616 ZPO. ausgeschlossen ist, bezieht sich § 1574 Abs. 3 nicht (**RG.** JW. 10, 477; 13, 644 Nr. 9; WarnE. 13 Nr. 101).

§ 1577.

RG. 22. 3. 17, JW. 17, 656, Standesa. 17, 110, WarnE. 17, 226. Auf das dem Manne nach § 1577 Abs. 3 zustehende Recht, der allein schuldig erklärten Frau die Führung seines Namens zu untersagen, kann wirksam verzichtet werden (**RG.** 86, 114). Vgl. auch Ziff. 3 zu §§ 1578, 1579.

§ 1578.

Dresden 12. 7. 16, JW. 17, 304, OLG. 34, 259. Es ist rechtlich ausgeschlossen, schon während des Bestehens der Ehe über einen etwaigen künftigen Anspruch des Ehegatten aus § 1578 nach § 259 ZPO. Entscheidung zu treffen (JW. 14, 356). **RG.** 58, 139, JDR. 3 Ziff. 1 zu § 1620, steht nicht entgegen, denn der Anspruch auf Aussteuer ist bereits durch das zwischen Tochter und Vater bestehende Verwandtschaftsverhältnis begründet und nur noch dadurch bedingt, daß die Tochter sich verheiratet. Der Unterhaltsanspruch aus § 1578 dagegen wird erst begründet durch die Wiederauflösung der bisher bestehenden Ehe. Der Umstand, daß der Scheidungsprozeß schon anhängig ist, ändert an der Unzulässigkeit der aus § 1578 erhobenen Klage nichts.

§§ 1578, 1579.

Verträge über den Unterhalt.

1. LG. II Berlin 10. 7. 16, KGBl. 17, 12. Die Bestimmungen der §§ 1578, 1579 können durch Verträge geändert, es kann also auch die Unterhaltspflicht im Falle der Scheidung der Ehe durch Vergleich geregelt werden. Die Wirksamkeit des Vergleichs kann wegen veränderter Umstände nicht in Frage gestellt werden, der Vergleich müßte denn die Auslegung zulassen, daß die Verpflichtung des Unterhaltspflichtigen sich nach den jeweiligen Verhältnissen bestimmen solle.

2. KG. 16. 10. 16, KGBl. 17, 16. Die Annahme, daß eine vertragl. Regelung der Unterhaltspflicht und die Einigung über ein im Scheidungsprozesse zu beobachtendes Verhalten eine unzulässige Erleichterung der Ehescheidung bezwecke, entfällt, wenn es sich bei tatsächlichem Vorhandensein eines Scheidungsgrundes nur darum handelt, das Scheidungsverfahren abzukürzen (JW. 13, 128; SeuffA. 67, 348).

3. **RG.** 22, 3. 17, JW. 17, 656, WarnE. 17, 226. Ein Vertrag zwischen geschiedenen Eheleuten dahin, daß sie gegenseitig auf Unterhaltsansprüche verzichten, und es rechtlich so angesehen werden solle, als wenn beide Teile für den schuldigen Teil erklärt worden seien, verstößt nicht gegen § 138 BGB.

§ 1579.

1. **RG.** 23. 11. 16, JW. 17, 288, LeipzZ. 17, 745, R. 17 Nr. 221, 223, 224, SeuffA. 72, 266, WarnE. 17, 390. Im Regelfalle des § 1578 ist anzunehmen, daß im Bürgerstande der geschiedenen Frau nicht zugemutet werden kann, sich ihren Unterhalt durch Arbeit zu verdienen (**RG.** 62, 225; JW. 02, 73). Unerheblich ist, daß sie während der Ehe gemäß § 1356 Abs. 2 ihrem Manne in dessen Geschäft Beihilfe geleistet hat. Anders liegt die Sache, wenn nach § 1579 Abs. 1 Satz 2 der Unterhaltsanspruch der Frau nach Billigkeit zu bemessen ist. Der Gesichtspunkt der Billigkeit kann dazu führen, der geschiedenen Frau bezüglich des Arbeitserwerbes eine weitergehende Verpflichtung aufzuerlegen. Die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Eheleute sind zu diesem Zwecke verständig gegeneinander abzuwägen. Dabei kann auch in Betracht kommen, daß die Ehefrau an ihre wohlhabende Schwester keine Zinsen der auf ihrem Grundstück eingetragenen Hypothek zu zahlen braucht, wenn auch in der Regel (**RG.** 72, 199) der Unterhaltspflichtige sich auf eine solche jederzeit entziehbare Mildtätigkeit zur Befreiung von seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht berufen kann.

2. Stuttgart 21. 11. 16, R. 17 Nr. 222. Den Stamm seines Vermögens braucht der Unterhaltspflichtige jedenfalls dann nicht anzugreifen, wenn dies die Vernichtung seiner geschäftl. Existenz bedeuten würde.

3. Abs. 1 Satz 2. **RG.** 14. 5. 17, LeipzZ. 17, 1255, R. 17 Nr. 1650—1652, WarnE. 17, 332. Nach dem Standpunkte des BGB. ist dem unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten zwar kein Vorzug vor dem neuen Ehegatten oder den minderjährigen unverheirateten Kindern des unterhaltspflichtigen Ehegatten gegeben, er steht aber auch den genannten Personen nicht nach, vielmehr handelt es sich um eine verständige

Abwägung der Interessen der sämtl. Beteiligten (RG. 75, 434). Ist nach den Verhältnissen, in denen die Parteien zur Zeit der Scheidung gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich und die Frau dazu imstande, so entfällt insoweit die Unterhaltspflicht des Mannes.

§ 1585.

RG. 30. 11. 16, LeipzZ. 17, 321, R. 17 Nr. 225—228, WarnE. 17, 34. Unzulässig ist es, bei Bemessung des nach § 1585 von der geschiedenen Frau dem bisherigen Ehemanne zu leistenden Beitrags auf die grundverschieden gestaltete und unmittelbar auf der Verwandtschaft beruhende mütterliche Unterhaltspflicht einzugehen und den Beitrag aus § 1568 nach dem zu bemessen, was die Frau als Mutter gemäß §§ 1603, 1607 Abs. 1 an Unterhalt den Kindern gewähren müßte. Um den Beitrag zu leisten, ist die geschiedene Frau nicht verpflichtet, den Stamm ihres Vermögens anzugreifen. Als gegenwärtige Einnahmequelle kommt nicht die Hoffnung auf künftigen Gewinn aus dem Verkaufe gegenwärtig ertraglosen Grundbesitzes in Frage. Unter Umständen kann der Frau zugemutet werden, ihr Kapital anzugreifen, wenn sie in zukünftig nicht ertraglos und unverwertbar bleibenden Grundstücken eine wertvolle Rücklage zur Bestreitung ihrer späteren Lebensbedürfnisse besitzt.

§ 1586.

Mantey, LeipzZ. 17, 1234. Die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft hat die Auflösung der Ehe zur Folge. Dem Zwecke und dem Begriffe der richterl. Ehelösung widerspricht nicht ein Gesetz, welches, wie § 1586, an die Ehelösung das Verbot der Wiederheirat knüpft. Eine dem Verbote des § 1586 zuwider eingegangene Ehe ist gültig, wenn auch der Standesbeamte eine solche Eheschließung ablehnen soll (§ 48 PStG.) und durch die Beachtung des Verbots sich nach § 69 PStG. (nicht nach § 338 StGB.) strafbar macht.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1592.

Zangemeister, R. 17, 346 schlägt auf Grund des Ergebnisses medizinischer Feststellungen vor, als Empfängniszeit für reife Kinder die Zeit vom 230. bis 328. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes zu bestimmen, und in § 1600 statt des dort vorgesehenen 270. Tages den 273. Tag festzusetzen, im übrigen aber in Ansehung der unehelichen Kinder es bei der engeren Zeitbegrenzung zu belassen, falls auch für sie Abs. 2 des § 1592 Gültigkeit erlangt, und zwar in erweiterter Form dahin, daß die väterliche Abstammung auch dann anzuerkennen ist, wenn es feststeht, daß das Kind außerhalb des gesetzlich zugrunde gelegten Zeitraums empfangen worden ist.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

§ 1601.

Karlsruhe 11. 7. 17, BadRpr. 17, 136. Eine nach § 1602 unterhaltsberechtigte Ehefrau, deren Mann sich der Unterhaltspflicht entzieht (§ 1608), kann von ihrer an sich unterhaltspflichtigen Mutter den Unterhalt verlangen.

§ 1602.

RG. 26. 10. 16, JW. 17, 41, R. 17 Nr. 835. Außerstande, sich selbst zu unterhalten i. S. des § 1602 Abs. 1 ist auch der, der zwar an sich in der Lage wäre, etwas zu erwerben, der das aber nur durch eine Tätigkeit könnte, die ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen, in denen er bisher mit dem Willen des Unterhaltspflichtigen gelebt hat, billigerweise nicht zugemutet werden kann.

§ 1603.

1. a) Hamburg 13. 12. 16, JW. 17, 668, OLG. 34, 259. Bei Bemessung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen darf sein in England liegendes Vermögen, auch wenn dessen Zinsen während des Krieges für ihn nicht erreichbar sind, nicht außer Betracht bleiben, denn es erhöht durch sein bloßes Bestehen und durch die Aussicht, daß es nach Kriegsschluß einschließlich der inzwischen angesammelten Zinsen dem Eigentümer wieder zufällt, dessen Kreditwürdigkeit. Für die Annahme, daß das Vermögen völlig verloren gehen könne, fehlt es bisher an jedem Anhalt. b) A. M. Schneider, JW. 17, 668.

2. Hamburg 3. 10. 17, HansGZ. 17 Bbl. 307 stellt Grundsätze für die Bemessung der Unterhaltspflicht des allein schuldigen Ehemanns gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau und seinen Kindern (§§ 1578, 1579, 1601/1603 BGB.) auf und erörtert den Begriff: „Lebensstellung", „verfügbare Mittel". Die Lebensstellung der Kl. richtet sich nach den Vermögensverhältnissen des Bekl. als des früheren Ehemanns und Vaters, jedoch nicht in der Weise, daß jede Schwankung in den Vermögensverhältnissen des Bekl. seine und seiner Familie Lebensstellung veränderte. Als jetziges Vermögensstück kommt die künftige Erbschaft des Bekl. nicht in Betracht. Doch ist immerhin dieser Umstand bei der Beurteilung der Lebensstellung des Bekl. nicht außer Betracht zu lassen.

§ 1609.

Hamburg 17. 2. 17, OLG. 35, 344. Der Unterhaltsanspruch der Frau geht dem der Mutter vor und kann bestehen, wenn das Geschäft des Mannes zwar keinen Gewinn, aber doch Einnahmen erzielt, die während einer längeren Zeitdauer Entnahmen gestatten. Ob, wieweit und wie lange dies ohne Schwächung des Geschäftskapitals möglich ist, hängt von der Geschäftslage ab.

§ 1610.

1. **RG.** 4. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 647, JW. 17, 155, LeipzZ. 17, 392, 806, R. 17 Nr. 229, 230, SeuffA. 72, 370, WarnE. 17, 394 verbleibt bei der Auffassung WarnE. 13 Nr. 197, JW. 14, 765, daß die Lebensstellung der die Gewährung von Unterhalt fordernden Kinder und der Ehefrau im Rahmen der gesamten Verhältnisse ihrer Familie beurteilt werden müsse. Für das Maß des der Ehefrau zu gewährenden Unterhaltes ist die Frage, in welcher Reihenfolge ihr Ehemann und ihre Verwandten haften, ohne Bedeutung. In Kriegszeiten kann bei der erheblichen Verteuerung aller Lebensbedürfnisse der Geldbetrag, den ein Unterhaltsberechtigter zu seinem standesmäßigen Unterhalt aufwenden muß, höher sein, als er unter gewöhnlichen Umständen sein würde. Andererseits kann freilich der Krieg auch auf das Maß dessen einwirken, was der Unterhaltspflichtige ohne Gefährdung seines eigenen standesgemäßen Unterhalts zu gewähren imstande ist. Der Einfluß braucht sich durchaus nicht auf beiden Seiten in gleicher Weise bemerkbar zu machen.

2. **RG.** 24. 9. 17, R. 17 Nr. 2022. Bei Bemessung des einer verheirateten Tochter von ihrem Vater zu gewährenden Unterhalts sind nur ihre eigenen Bedürfnisse, nicht auch die ihres Mannes und ihrer Kinder in Betracht zu ziehen. Die Kinder haben einen selbständigen Unterhaltsanspruch gegen den Großvater, der Schwiegersohn hat keinen solchen gegen den Schwiegervater.

3. **RG.** 14. 5. 17, R. 17 Nr. 1653. Beim Zusammentreffen von Unterhaltspflicht und Schuldentilgung ist es nicht angängig, daß der Verpflichtete beliebige Beträge für die Schuldentilgung verwendet und den Unterhaltsberechtigten auf das Übrigbleibende verweist, vielmehr ist ein billiger Ausgleich unter Würdigung der Natur der einzelnen Schulden zu suchen (JW. 10, 16).

§ 1612.

1. OLG. Darmstadt 14. 2. 17, HessRspr. 18, 117. Die „besonderen Gründe", die nach § 1612 Abs. 2 Satz 2 eine andere Art der Unterhaltsgewährung als die Zahlung einer

Geldrente rechtfertigen, sind nicht nur, wie Opet-Blume Anm. 3 zu § 1612 annehmen, in der wirtschaftl. Lage des Verpflichteten zu suchen, vielmehr können auch die übrigen Interessen des Verpflichteten sowie die des Berechtigten eine Ausnahme von der Regel begründen.

2. Josef, ZBlFG. 17, 281 gegen KGJ. 46, 23, JDR. 13 Ziff. II 2. Befindet sich das unerwachsene Kind ohne die Fähigkeit der Selbstbestimmung unter der Zucht der vom Vater getrennt lebenden Mutter, und bestimmt der Vater dennoch gemäß § 1612 Abs. 2 Satz 1, daß das Kind den Unterhalt in seinem, des Vaters, Hause erhalten solle, so wird eine solche Bestimmung zwar vom ProzeßG. als unwirksam angesehen werden. Nichtsdestoweniger darf das VormG. den Antrag, jene Bestimmung auf Grund des Satz 2 a. a. O. zu ändern, wegen bloßer Zweifelhaftigkeit der Rechtslage nicht ablehnen, am wenigsten dann nicht, wenn die Rechtslage des schutzbedürftigen Beteiligten verbessert würde.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1617.

Coulin, ABürgR. 42, 376. Zu den Dienstleistungen im Hauswesen und Geschäfte der Eltern gehören nur häusliche und wirtschaftliche Dienste, nicht aber Prozeßführung, Begutachtung von Rechtsangelegenheiten, ärztliche Operationen und ähnliche Dienste höherer Art, die daher in der allgemein üblichen Weise zu entgelten sind. Der Elternteil, der die Vergütung gewährt hat, kann aber letztwillig verfügen, daß sie ganz oder teilweise zur Ausgleichung zu bringen ist; bei der Zuwendung selbst oder vorher kann der Elternteil bestimmen, daß die Vergütung auf den Pflichtteil anzurechnen sei. Liegt eine derartige Bestimmung nicht vor, so kann doch der Teil der Vergütung, der nach Lage der Umstände als Schenkung anzusprechen ist, dem Pflichtteilsberechtigten angerechnet werden, wenn gleichzeitig ein Ergänzungsanspruch gegen einen Dritten besteht. Eine übertrieben hohe Vergütung kann endlich die Pflicht zur Ausgleichung auf den Erbteil nach sich ziehen, wenn der über das übliche Maß hinaus gewährten Vergütung die Eigenschaft eines das entsprechende Maß der elterlichen Vermögensverhältnisse übersteigenden Zuschusses anhaftet, doch kann in diesem Falle nach der herrschenden Meinung der Erblasser ein anderes anordnen.

§ 1620.

Hamburg 25. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 196, SeuffA. 72, 322. Wenn auch einem Vater grundsätzlich zuzumuten ist, sogar seinen Kredit zur Befriedigung des Aussteueranspruchs seiner Tochter auszunutzen, so kann doch von ihm nicht verlangt werden, daß er durch Beleihung seiner Lebensversicherungspolice sich die Mittel verschaffe, der Tochter eine Aussteuer zu gewähren.

§ 1624.

1. **RG.** 7. 1. 16, JDR. 15 Ziff. 1 zu § 1624 (Abrede der Verzinsung der Mitgift) auch WarnE. 17, 81.

2. BayObLG. 30. 10. 16, OLG. 34, 260. Es ist nach dem Gesetz kein Begriffsmerkmal des Heiratguts, daß es mit oder unmittelbar nach der Heirat des Bedachten fällig wird. Eine zeitliche Schranke besteht nur insofern, als verlangt werden muß, daß durch die Zuwendung der Zweck eines Heiratguts erfüllt werden kann. Unter dieser Voraussetzung ist es sogar zulässig, daß es erst nach dem Tode des Bedachten fällig wird. Ist eine bestimmte Geldforderung als Heiratgut bestellt, so ist der Anspruch darauf nicht mehr an die Person des Berechtigten geknüpft und kann unbeschränkt übertragen werden.

3. Hamburg 16. 2. 17, HansGZ. 17 Bbl. 247. Zum Begriffe der Ausstattung

gehört, daß die Verheiratung oder die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung das Motiv der Zuwendung ist; es genügt nicht die rein objektive Verwertung oder Verwertungsmöglichkeit der Zuwendung für den bezeichneten Zweck. An einem solchen Motiv fehlt es, wenn die Zuwendung eine Sicherstellung der Kinder vor dringender Not bezweckt.

4. RG. 13. 12. 16, LeipzZ. 17, 801. Zulässig ist es, durch Vertrag den Besitz und die Bewirtschaftung (Früchteziehung) an einem Grundstück auf unbeschränkte Dauer als Ausstattung zu überlassen. Zutreffendenfalls findet § 567 entsprechende Anwendung.

5. Hamburg 2. 11. 17, HansGZ. 17 Bbl. 311. Die unentgeltliche Überlassung eines Geschäfts stellt sich auch dann als Ausstattung i. S. des § 1624 dar, wenn der Empfänger bereits als Inhaber eines anderen gutgehenden Geschäfts eine selbständige und wirtschaftlich unabhängige Stellung einnimmt. Ebenso ist die Frage zu entscheiden hinsichtlich einer dem Werte des Geschäfts gleichkommenden Zuwendung in bar, die einer Schwester des Empfängers wesentlich zu dem Zwecke gemacht wird, um die Geschwister gleichzustellen.

II. Elterliche Gewalt.

§ 1626.

1. a) Stuttgart 8. 12. 16, R. 17 Nr. 232. Der Erziehungsberechtigte kann auf sein Erziehungsrecht nicht wirksam verzichten (§ 138 Abs. 1).

b) Ebenso RG. 16. 5. 17, LeipzZ. 17, 1257, WarnE. 17, 264, wo ferner ausgeführt wird: Ungültig sind auch solche Abmachungen, welche den Vater in dem Rechte der Sorge für die Person des Kindes dadurch beschränken, daß ihm bei Ausübung dieses Rechtes Vermögensnachteile auferlegt werden. Die Ungültigkeit dieser Abrede kann nach § 139 die Ungültigkeit des ganzen Vertrags zur Folge haben.

2. Dresden 12. 10. 16, SächsOLG. 38, 244. Eine Vereinbarung, durch die der Personensorgeberechtigte die Erziehung des Kindes einem anderen überträgt, ist, soweit er sich dadurch des Erziehungsrechts begibt, nach § 139 nichtig und jedenfalls, soweit er nur die Übertragung der persönlichen Fürsorge im Auge hat, jederzeit widerruflich (RG. 60, 266, WarnE. 12 Nr. 115; 13 Nr. 183; 14 Nr. 209, OLG. 23, 413; 31, 405).

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627.

Darmstadt 3. 11. 16, HessRspr. 18, 50 (52). Die Begründung und Aufhebung eines Wohnsitzes gehört zum Bereiche der Fürsorge für die Person des Kindes. Dasselbe gilt von der gesetzlichen Vertretung, soweit nicht Vermögensangelegenheiten in Frage kommen.

§ 1630.

I. Notwendigkeit einer Pflegerbestellung.

1. Bourier, BayNotZ. 17, 16 mit Bezug auf die Ausführungen von Hartmann, BayNotZ. 16, 181, JDR. 15 Ziff. I 3: Einer Einigung zwischen Vater und Kind (§ 873) bedarf es nicht, wenn der Vater eine Hypothek für das Kind auf Anordnung des VormG. gemäß § 1672 bestellt oder wenn ihm das VormG. nach § 1653 gestattet hat, Geld des Kindes für sich zu verbrauchen, gegen die Verpflichtung, Sicherung für die Ersatzforderung des Kindes zu leisten. In allen übrigen Fällen ist ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen Vater und Kind notwendig (Darlehns-, Stundungsvertrag), wozu es der Bestellung eines Pflegers bedarf.

2. Meyersohn, ZBlFG. 17, 484 folgert aus dem jedem Staatsbürger zustehenden Anspruch auf Gewährung des Rechtsschutzes, daß, wenn zur Führung eines zwischen einem Minderjährigen und seinem Gewalthaber beabsichtigten Rechtsstreits die Bestellung eines Pflegers beantragt werde, dem VormG. ein Prüfungsrecht in keiner Weise zustehe,

dieses vielmehr dem Antrage stattzugeben habe, auch wenn nach seiner Auffassung die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos und der behauptete Anspruch unhaltbar sei, vgl. SeuffA. 56, 91 (BayObLG.), OLG. 6, 302 (KG.), OLG. 25, 402 (KG.), OLG. 12, 353 (Colmar), a. M. R. 02, 435 (Jena).

II. Abs. 2 Satz 2. Interessengegensatz.

1. KG. 8. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 153. Ein Interessengegensatz i. S. des § 1796 kann zwischen dem Vater und seinem Kinde bestehen, wenn es sich um die Entscheidung der Frage handelt, ob eine Auseinandersetzung zwischen ihnen über den Nachlaß der Mutter stattzufinden habe oder nicht.

2. KG. 15. 12. 16, OLG. 34, 262. Allerdings kann die Geltendmachung des Pflichtteils als eine „Angelegenheit" i. S. der §§ 1630, 1796 in Frage kommen, bei der ein erheblicher Gegensatz der Interessen zwischen den pflichtteilsberechtigten Kindern und der zur Alleinerbin eingesetzten Mutter bestehen kann. Ob aber die Kinder an dieser Geltendmachung ein Interesse haben und ob der Mutter die Prüfung dieser Frage wegen erheblicher widerstreitender Interessen zu entziehen sei, läßt sich nur nach Lage des Einzelfalls entscheiden. Der Umstand allein, daß den Kindern ein Pflichtteilsanspruch gegen den überlebenden Elternteil zusteht, begründet noch nicht die Annahme eines zwischen ihnen bestehenden erheblichen Interessengegensatzes, wenn der Überlebende im einzelnen darlegt, daß sein Ehegatte nichts Nennenswertes hinterlassen, der Pflichtteilsanspruch der Kinder also keinen Wert habe. Wenn das LG. die Nachprüfung dieser Fragen dem bestellten Pfleger überläßt, so übersieht es, daß erst, wenn ein Interessengegensatz besteht, die Entziehung der Vertretung und die Bestellung eines Pflegers für die Angelegenheit nach § 1909 in Frage kommen kann (vgl. Josef, FürsZBl. 5, 85).

§ 1631.

I. Züchtigungsrecht.

1. a) Hamburg 8. 12. 13, FürsZBl. 9, 93, GoltdammerA. 63, 134. Ein abgeleitetes Züchtigungsrecht Dritter gegen Kinder ist in den Fällen anzuerkennen, in denen die Unart des Kindes eine sofortige Züchtigung erfordert und die Eltern oder Erzieher nicht anwesend oder nicht unmittelbar erreichbar sind (BGB. § 679).

b) Dazu Feisenberger, FürsZBl. 9, 93. Die Quelle des Züchtigungsrechts ist nicht im Privatrecht, sondern im öffentl. Recht zu suchen: in dem öffentl.-rechtl. Anspruche, daß die Jugend zu brauchbaren Mitgliedern der Gemeinschaft des Volkes herangezogen werde. Selbstverständlich sind die Grenzen der Angemessenheit inne zu halten.

c) Ahlers, GoltdammersA. 63, 216, findet den zutreffenden Gesichtspunkt in der Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei der § 679 BGB. insbesondere heranzuziehen sei und es darauf ankomme, welche väterliche Züchtigung im öffentlichen Interesse angemessen gewesen wäre.

2. a) Colmar (StrafS.) 10. 7. 16, ElsLothJZ. 17, 65. Auch ein Dritter kann, in nützlicher Geschäftsführung ohne Auftrag, das Züchtigungsrecht des Inhabers der elterl. Gewalt ausüben, und zwar kommt es nicht darauf an, ob der Gewalthaber zugestimmt hat, sondern darauf, ob er pflichtgemäß hätte zustimmen müssen (DJZ. 05, 752).

b) Ebenso Colmar (StrafS.) 25. 1. 16, DStrafrZ. 17, 97.

3. Karlsruhe (StrafS.) 18. 1. 17, DStrafrZ. 17, 96. Ein Irrtum des Züchtigenden, er sei zur Züchtigung eines fremden Kindes berechtigt, weil dieses grobe Ungehörigkeiten gegen ihn oder Personen, die seinem Schutze anvertraut sind, begangen habe, kann Straffreiheit begründen.

4. RG. 24. 4. 17, JW. 17, 656, LeipzZ. 17, 794, SeuffA. 72, 323. Wenn der Vater noch unerzogener Kinder eine neue Ehe eingeht, überträgt er damit stillschweigend das ihm nach § 1631 zustehende Erziehungs- und Züchtigungsrecht als abgeleitetes Recht auf die Frau, welche diesen Kindern nun Mutter sein soll. Sie darf deshalb, wie der

Vater selbst, die bei der Erziehung angemessenen Zuchtmittel anwenden, und es ist zu deren Anwendung im Einzelfalle die besondere Zustimmung des Vaters kein gesetzliches Erfordernis. Andererseits kann eine Anwendung der Zuchtmittel, wenn sie über das durch die Zwecke der Erziehung gebotene Maß hinausgeht, sich als durch die Erziehungszwecke nicht gebotene Mißhandlung und gesundheitliche Schädigung der Kinder darstellt, dem Vater berechtigten Anlaß zur Erhebung einer auf § 1568 gestützten Scheidungsklage geben. Vgl. auch Ziff II D 1b zu § 1568.

II. Schulunterricht.

KG. 24. 4. 17, SchlHolstAnz. 17, 166 verbleibt bei der Entsch. v. 18. 1. 15, JDR. 14 Ziff. II 3 zu § 1631 (auch KGJ. 47, 370), wegen der Auslegung des § 65 der Allg. Schulordnung f. d. Herzogtümer Schleswig und Holstein v. 24. 8. 1814.

III. Religiöse Erziehung.

A. Preußen.

KG. 24. 11. 16, KGJ. 49 A 29, R. 17, 384. Der Grundsatz des § 642 II 2 PrALR., wonach ein in dessen Geltungsbereiche geborenes uneheliches Kind in dem jeweiligen Glaubensbekenntnisse der Mutter zu erziehen ist (KGJ. 22 A 230; 44, 32), findet keine Anwendung, wenn die Mutter aus der christl. Kirche zum Judentum übertritt. — Für rein jüdische Ehen gelten nicht die Bestimmungen des PrALR. und der Dekl. v. 21. 11. 1803, sondern die §§ 1627, 1631 BGB.; das Recht des Vaters, die Religion des unmündigen Kindes zu bestimmen, ist ein Teil des in der Personensorge liegenden Erziehungsrechts. Vgl. auch Ziff. A IV 3a zu § 1666.

B. Bayern.

1. BayVGH. 25. 5. 17, R. 17, 539. Die bay. verfassungsmäßigen Bestimmungen in Ansehung der Religionsausübung erstrecken sich auf alle Einwohner des Königreichs, nicht nur auf die staatsangehörigen. Die Tatsache der Taufe nach den Vorschriften einer bestimmten Konfession hat keinen bestimmenden Einfluß i. S. des § 18 ReligEd.

2. BayVGH. 20. 7. 17, R. 17, 571. Wegen der religiösen Erziehung der aus konfessionell ungemischter Ehe stammenden Kinder bemißt sich das elterl. Bestimmungsrecht nach bürgerl. Recht, nicht nach §§ 12ff. der II. Beil. zur Verfassungsurkunde vom 26. 5. 1818. Nach dem Tode des Vaters kann in einem solchen Falle die Mutter über die Religionserziehung ihrer ehelichen Kinder frei verfügen. Ist die Witwe zugleich im Namen ihres religionsunmündigen Kindes aus der Kirche ihres bisherigen Bekenntnisses ausgetreten, ohne einer anderen Kirche beizutreten, so ist sie nicht verpflichtet, ihr Erziehungsrecht im Gegensatze zu ihrer eigenen religiösen Auffassung auszuüben. Vgl. auch Ziff. A IV 3b zu § 1666.

C. Baden.

1. Müller, FürsZBl. 8, 185. Nach § 3 BadG. v. 9. 10. 1860, btr. die Ausübung der Erziehungsrechte in bezug auf die Religion der Kinder, steht eine Änderung in der religiösen Erziehung der ehelichen Kinder der Mutter zu, wenn auf sie (z. B. nach dem Tode des Vaters) das Recht der Erziehung übergegangen ist. Die Mutter kann diese Erziehung aber nur dann unbeschränkt ausüben, wenn die Kinder in derjenigen Religion weiter erzogen werden, in der sie bis zum Tode des Vaters erzogen wurden. Will dagegen die Mutter eine Änderung in der religiösen Erziehung eintreten lassen, so ist ihre Befugnis dazu an die Genehmigung der Staatsbehörde, d. i. des Amtsgerichts, gebunden.

2. Karlsruhe 9. 8. 15, BadRpr. 17, 114 (schon JDR. 14 Ziff. III E1 zu § 1631). Die Genehmigung zur Religionsänderung soll nach § 3 des G. v. 9. 10. 1860 der Mutter nur versagt werden, wenn die Religionsänderung den Interessen der Kinder nachteilig ist.

IV. Zuchtmittel.

1. Braunschweig 11. 7. 17, BraunschwZ. 44, 136. Als geeignetes Zuchtmittel i. S. des § 1631 Abs. 2 kann die zwangsweise Zurückführung des Kindes in Betracht kommen. Das VormG. kann seine Unterstützung nur ablehnen, wenn die Zurückführung für das Kind einer Gefährdung seines leiblichen ode geistigen Wohles bedeuten würde (§ 1666).

2. Hartmann, BayNotZ. 17, 13 erörtert, welche geeigneten Zuchtmittel dem VormG. i. S. des § 1631 Abs. 2 zur Verfügung stehen.

§ 1632.

I. Kein Klagrecht gegen das Kind.

KG. 3. 11. 16, KGJ. 49 A 24. Wie dem Vater gegen sein flüchtiges Kind kein Klaganspruch auf Heimkehr zusteht, — § 1632 gibt ein solches gegen den Dritten, der ihm das Kind vorenthält —, ist ihm ein solches auch nicht gegen das Kind auf Räumung des Elternhauses und Unterlassung der Heimkehr gegeben.

II. Begriff des „Vorenthaltens".

1. **RG.** 13. 4. 16, JDR. 15 Ziff. 2, auch WarnE. 17, 395.

2. **RG.** 1. 10. 17, R. 17 Nr. 2023. Vorenthalten kann ein Kind werden durch ausweichende Antwort auf die Herausgabeaufforderung, oder wenn das Verhalten darauf hinausgeht, das Kind dahin zu beeinflussen, daß es wieder zurückkehrt.

III. Einrede des Rechtsmißbrauchs.

1. Stuttgart 9. 2. 17, R. 17 Nr. 641. Die Frau darf dem Mann gegenüber nicht Einwendungen aus dem Rechte und den Interessen des Kindes erheben; dieses ist nach § 1666 geschützt. Der Frau gegenüber mißbraucht der Mann durch das Herausgabeverlangen seine Rechte nicht, wenn er verlangen kann, daß die Frau selbst zurückkehrt, und er zu ihrer Aufnahme bereit ist. Die Frau mag, wenn sie sich nicht von ihrem Kinde trennen will, pflichtmäßig die eheliche Gemeinschaft wiederherstellen. Verweigert die Frau die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit Grund, so hängt es von den Umständen ab, ob das Herausgabeverlangen des Mannes einen Rechtsmißbrauch gegenüber der Frau und Mutter darstellt.

2. a) **RG.** 21. 6. 17, JW. 17, 902, WarnE. 17, 334. Die Ausübung des Rechts des Mannes, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, kann sich der von ihm getrennt lebenden Ehefrau gegenüber zwar als Mißbrauch seines Rechtes darstellen und die Frau berechtigen, die Herausgabe des Kindes zu verweigern oder für sich zu beanspruchen (**RG.** 55, 419; JW. 12, 395), doch müssen im einzelnen Falle besondere Umstände dargetan werden, welche die Bestimmung des Mannes als mißbräuchlich der Frau gegenüber erscheinen lassen (JW. 13, 646). Hat der Vater das Kind bei seinen Eltern untergebracht und behauptet die Frau, daß ihr Schwiegervater ihr unsittlich nachgestellt habe, so würde daraus höchstens ihr Recht zum Getrenntleben, nicht aber ein Anspruch auf Herausgabe des Kindes folgen. Rücksichten auf das Kindesinteresse sind in dem auf Herausgabe des Kindes gerichteten Rechtsstreit nicht zu erörtern (**RG.** 69, 97; JW. 15, 1261). Wenn OLG. 32, 15 (Hamburg), JDR. 15 zu § 1634, aus der Erwägung heraus, daß ein Kind in zartem Lebensalter von der Mutter am besten betreut werde, ein Recht der Frau dem Manne gegenüber herleiten zu können glaubt, ein solches Kind bei sich zu haben, so kann dem nicht beigetreten werden. § 1635 enthält eine Ausnahmebestimmung für den Fall der Ehescheidung. b) Vgl. dazu Opet, JW. 17, 902.

c) Ähnlich **RG.** 2. 7. 17, WarnE. 17, 399.

3. **RG.** 1. 10. 17, R. 17 Nr. 2024. Gegenüber der Klage des allein sorgeberechtigten geschiedenen Ehegatten kann der Einwand des Rechtsmißbrauchs nur auf § 226 BGB. gestützt werden. JW. 15, 1261 betrifft einen Herausgabestreit bei bestehender Ehe.

§ 1635.

1. Aktivlegitimation.

Stuttgart 29. 3. 17, R. 17 Nr. 1086. Die Mutter wird dadurch, daß ihr die Sorge für die Person der Kinder zusteht, nicht legitimiert, den Unterhaltsanspruch der Kinder einzuklagen. Hat aber der Mann durch Abkommen mit der Frau sich verpflichtet, für die bei ihr befindlichen Kinder einen bestimmten Unterhaltsbeitrag zu gewähren, so wird dadurch der Frau das Recht eingeräumt, diese Unterhaltsbeiträge selbst und unmittelbar gegen ihn geltend zu machen.

2. Abweichende Anordnung aus Abs. 1 Satz 2.

a) BayObLG. 9. 3. 17, E. 18, 38, R. 17 Nr. 1084, 1085. Bei der Regelung des Sorgerechts sind allein die Interessen der Kinder maßgebend; ihnen gegenüber haben die Rechte der Eltern zurückzutreten. Bei im übrigen gleichen Verhältnissen entspricht es mehr dem wirklichen Interesse der Kinder, sie der Zucht und Pflege des Vaters als der der bejahrten Großeltern zu unterstellen.

b) BayObLG. 24. 5. 17, E. 18, 86, DJZ. 17, 905, R. 17 Nr. 1429. Wenn auch die Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 nur darin bestehen kann, die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes dem nichtsorgeberechtigten Ehegatten zu belassen oder zu übertragen, so folgt daraus doch nicht, daß dieser Ehegatte stets einen gesetzl. Anspruch darauf habe, vielmehr ist zu prüfen, ob nicht in seiner Person Gründe vorliegen, die seine Geeignetheit ausschließen (BayObLG. 16, 96).

c) Stuttgart 17. 11. 16, R. 17 Nr. 233. Um eine abweichende Anordnung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 zu rechtfertigen, genügt es nicht, daß die Verhältnisse des schuldlosen Ehegatten es notwendig machen, ihm die Sorge für die Person der Kinder zu entziehen, vielmehr müssen auch die Verhältnisse des schuldigen Gatten es rechtfertigen, ihm die Sorge zu übertragen.

d) Braunschweig 11. 7. 17, BraunschwRpflZ. 17, 136. Eine von der Regel des § 1635 abweichende Anordnung ist nur zulässig, wenn die Aufrechterhaltung des gesetzl. Zustandes das geistige oder leibliche Wohl der Kinder gefährden würde. Andernfalls hat das VormG. den zur Personensorge berechtigten Elternteil bei der Wiedererlangung der Kinder zu unterstützen.

§ 1636.

I. Inhalt und Umfang der Verkehrsregelung.

1. BayObLG. 20. 4. 17, E. 18, 60, OLG. 35, 345 Anm. 2, R. 17 Nr. 1278, 1279. Bei der Verkehrsregelung ist in erster Linie das Interesse des Kindes maßgebend, andererseits darf die Regelung nicht einer gänzlichen Aufhebung des Verkehrs mit dem nichtsorgeberechtigten Ehegatten gleichkommen (BayObLG. 14, 4; 15, 441; 16, 45). Dem Interesse des Kindes entspricht es nicht, wenn es immer wieder in die Streitigkeiten der Eltern hineingezogen wird.

2. BayObLG. 13. 9. 17, R. 17 Nr. 2025. Die Gestattung eines mehr oder minder langen Aufenthalts des Kindes bei dem anderen Elternteil ist zur Wahrung seiner Verkehrsbefugnis nicht unbedingt erforderlich.

3. Rostock 20. 11. 16, MecklZ. 35, 191. § 1636 bezweckt zwar in erster Linie, dem nicht fürsorgeberechtigten Elternteil die Möglichkeit zu geben, sich selbst von dem leiblichen und geistigen Wohle des Kindes zu überzeugen. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß bei Abmessung des Umfanges, in dem der persönliche Verkehr mit diesem Elternteile stattfinden soll, auch Rücksicht darauf genommen wird, daß das Kind diesem Elternteile nicht entfremdet werde.

4. Reichel, R. 17, 526 hält es für zulässig, auf Grund des § 1636 unter Aufsicht des VormG. brieflichen Verkehr wenigstens dann zu gestatten, wenn unmittelbarer persönlicher Verkehr nach Lage der Sache ausgeschlossen ist.

5. KG. 3. 3. 16, KGJ. 49, 28, RJA. 15, 96, SeuffA. 72, 230. Das durch § 1636

begründete Recht eines Ehegatten zum Verkehre mit dem Kinde, das höchstpersönlicher Natur ist, kann weder einem Dritten übertragen noch durch einen Dritten ausgeübt werden. Der Großmutter steht ein selbständiges Recht auf persönlichen Verkehr mit den Enkeln nicht zu.

II. Zuständigkeit des Vormundschafts- oder Prozeßgerichts.

1. Stuttgart 17. 11. 16, BoschersZ. 17, 130 (hier 10. 11. 16), R. 17 Nr. 57, WürttJ. 28, 178. Auch im Falle des Getrenntlebens der nicht geschiedenen Ehegatten ist das VormG. ausschließlich zuständig, wenn der an sich zur Personensorge berechtigte Vater seinen Verkehr mit dem Kinde geregelt wissen will. In diesem Sinne ist § 1636 entsprechend anzuwenden. Folglich kann das ProzeßG., bei dem der Vater gegen die Mutter auf Herausgabe des Kindes geklagt hat, den Verkehr des Vaters mit dem Kinde nicht durch einstweilige Verfügung nach §§ 440, 937 ZPO. regeln.

2. Hamburg 20. 1. 17, OLG. 35, 100. Bei bestehender Ehe ist jedenfalls neben einer etwa vorhandenen Zuständigkeit des VormG. eine solche des ProzeßG. nach § 627 ZPO. begründet.

3. a) Karlsruhe 23. 5. 17, BadRpr. 17, 103. Zur Regelung des Verkehrs nach § 1636 ist in erster Linie das VormG. berufen, dagegen das ProzeßG. nur, wenn die Voraussetzungen des § 940 ZPO. vorliegen.

b) Ebenso Karlsruhe 13. 7. 17, OLG. 35, 345.

§ 1638.

Vgl. unten zu § 1948.

§§ 1638, 1651.

KG. 10. 7. 16, KGJ. 49, 207. Die aus §§ 1638, 1651 getroffene Bestimmung, daß das dingl. Recht eines Minderjährigen der Verwaltung oder Nutznießung des Vaters entzogen sein solle, kann im Grundbuche nicht eingetragen werden.

§ 1643.

Colmar 14. 7. 15, JDR. 15 Ziff. II 1 (Entbehrlichkeit der Genehmigung des VormG. zur Bestellung des von dem Erblasser einem Dritten zugewandten Nießbrauchs bei Entgegennahme der Auflassung eines einem Minderjährigen vermachten Grundstücks) auch KGJ. 49, 245, RJA. 14, 258.

§§ 1645, 1647.

König, SächsRpflA. 17, 13. Ist über das Vermögen eines Vaters das Konkursverfahren eröffnet, so kann während der Dauer des Konkurses das VormG. nicht nach § 1645 den Vater ermächtigen, ein Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes zu beginnen, denn dadurch würde ihm, im Widerspruche mit dem durch § 1647 verfolgten Zwecke, die Vermögensverwaltung zum Teil wieder übertragen werden. Eine im Widerspruche damit erteilte Genehmigung ist wirkungslos, und ein von dem Vater für das Kind vorgenommenes Rechtsgeschäft ist unwirksam.

§ 1646.

Hamm 7. 11. 16, OLG. 34, 263. Eine Vermutung, wie sie § 1646 bei Anlegung der Gelder des minderjährigen Kindes aufstellt, besteht für die Anlegung eigenen Geldes auf den Namen des Kindes zugunsten des Vaters nicht und bestand auch nicht nach preuß. ALR.

§ 1649.

KG. (Straff.) 9. 5. 16, R. 17, 389. Der Vater hat das Einkommen seiner minderjährigen Kinder aus deren Vermögen, soweit es seiner Nutznießung unterliegt, nach dem preuß. EinkommensteuerG. v. 19. 6. 06 zu versteuern. § 30 des G. findet nur Anwendung bei Einkünften aus dem freien Vermögen der Kinder.

§ 1656.

BayObLG. 24. 3. 16, BayObLG. 17, 71. Wird das Nutznießungsrecht eines Vaters, dem durch letztwillige Verfügung die Verwaltung des seinem Kinde vom Erblasser zugewendeten Vermögens entzogen ist, durch übermäßige Kosten der Pflegschaftsführung verletzt, so muß der Vater seine Ansprüche auf dem Zivilrechtswege geltend machen, da er auf die Art und Weise der Vermögensverwaltung keinen Einfluß hat und in dieser Beziehung dem Pfleger als nutzungsberechtigter Dritter gegenübersteht.

§§ 1665, 1685.

1. Hamburg 16. 11. 15, JDR. 15 Ziff. 1 zu §§ 1665, 1685, auch LeipzZ. 16, 260, OLG. 32, 15, R. 16, 21 Nr. 57.

2. a) **RG.** 21. 6. 17, BayRpflZ. 17, 321, WarnE. 17, 334. Der Umstand, daß ein Vater im Felde steht kann nicht ohne weiteres dessen Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Gewalt dartun, vielmehr kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an. Befindet der Vater sich regelmäßig z. B. bei einer Fuhrpark- oder Munitionskolonne hinter der Front, so ist eine Verständigung mit ihm nicht ausgeschlossen, besonders wenn die Erziehung des Kindes bei den Eltern der Frau sichergestellt ist und Vorkommnisse, die ein plötzliches unaufschiebbares Eingreifen erfordert hätten, nicht eingetreten sind. Eine vorübergehende und selbst längere Störung der Verbindung mit der Heimat, wie sie z. B. bei Truppenverschiebungen vorkommt, begründet nur für die Dauer der Störung eine Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Gewalt.

b) Ebenso LG. Kiel 8. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 154.

3. KG. 2. 3. 17, JW. 17, 372. Nur wenn die Verhältnisse so liegen, daß ersichtlich der Vater trotz seiner Kriegsteilnahme imstande ist, auf die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes in maßgeblicher und pflichtgemäßer Weise einzuwirken, so daß er trotz der tatsächlichen Trennung die Hauptsorge behalten hat, während die von der Mutter ausgeübte Sorge sich doch im wesentlichen nur als eine solche neben der dem Vater verbliebenen darstellt, wird gesagt werden können, daß der Vater in und trotz seiner Kriegsteilnehmerschaft in der Lage ist, die elterliche Gewalt in ihrer Gesamtheit auszuüben. Die Auffassung, daß der Kriegsteilnehmer immer verhindert sei, würde den Rechten des Vaters, der trotz seiner Abwesenheit seine häuslichen Verhältnisse in allen wesentlichen Beziehungen in ausreichendem Maße leitet, besonders wenn dies im Einvernehmen mit seiner pflichtgemäß handelnden Ehefrau geschieht, zu nahe treten.

4. Josef, ZBlFG. 18, 17 bespricht die bisherige Rechtspr. über die Gewaltausübung durch die Mutter im Falle der Kriegsbehinderung des Vaters und empfiehlt, möglichst von der Vorschrift des § 1677 Gebrauch zu machen.

§ 1666.

A. Reichsrecht.

I. BayObLG. 6. 10. 16, JDR. 15 Ziff. A III 2, auch E. 17, 198.

II. Dresden 13. 4. 16, JDR. 15 Ziff. A IV zu § 1666, auch OLG. 35, 100, SeuffA. 72, 276.

III. Gegenwärtige Gefährdung.

1. KG. 7. 1. 16, FürsZBl. 9, 42. Eine gegenwärtige Gefährdung des Kindes kann auch dann vorliegen, wenn das ehrlose oder unsittliche Verhalten des Gewalthabers sich zwar nicht gegenwärtig betätigt, aber doch geeignet ist, den Schluß zu rechtfertigen, es werde sich bei geeigneter Zeit wieder betätigen und dadurch das Wohl des Kindes schädigen.

2. KG. 20. 10. 16, FürsZBl. 9, 43. Das Personensorgerecht kann auch dann entzogen werden, wenn die Folgen einer Vernachlässigung des Kindes nicht alsbald in die Erscheinung treten, sondern voraussichtlich erst in späterer Zeit hervortreten werden.

3. Karlsruhe 28. 6. 16. BadNotZ. 16, 132. Eine unsittliche Lebensweise der Mutter kann die Entziehung der Personenfrage auch dann rechtfertigen, wenn es noch nicht zu einer Schädigung oder einer sittlichen Verwahrlosung der Kinder gekommen ist.

4. BayObLG. 13. 4. 17, E. 18, 56, R. 17 Nr. 1282. Ein Wechsel des Kostplatzes allein begründet noch nicht die Besorgnis der Gefährdung eines sechsjährigen Kindes.

IV. Mißbrauch des Sorgerechts:

1. Durch Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe des Kindes; a) bejaht: BayObLG. 30. 12. 16, E. 17, 256, R. 17 Nr. 642; Braunschweig 27. 3. 17, OLG. 35, 345; b) verneint: Stuttgart 8. 12. 16, R. 17 Nr. 234.

2. Durch maßlose launenhafte Züchtigung und übermäßige Ausnutzung der Arbeitskraft des Kindes unter Schädigung des Schulfortschritts: BayObLG. 28. 7. 17, R. 17 Nr. 1835.

3. Bei der religiösen Erziehung:

a) KG. 24. 11. 16, KGJ. 49, 29. Ein das Wohl des Kindes gefährdender Mißbrauch des Sorgerechts kann, falls der jüdische Vater bestimmt, daß die bisher katholisch erzogenen Kinder in der jüdischen Religion erzogen werden, dann angenommen werden, wenn durch den Übertritt der Kinder deren geistige Entwicklung nicht nur vorübergehende Störungen, sondern dauernde Nachteile erleidet. Vgl. auch oben Ziff. III A zu § 1631.

b) BayVGH. 20. 7. 17, R. 17, 571. § 1666 findet hinsichtlich der religiösen Kindererziehung nur dann Anwendung, wenn der Erziehungsberechtigte sich weigert, den gesetzlichen Vorschriften über religiöse Erziehung nachzukommen oder eine rechtskräftige verwaltungsrichterliche Entscheidung entsprechend zu beachten, und infolgedessen das geistige Wohl des Kindes gefährdet wird. Die Prüfung der Frage, ob dem Erziehungsberechtigten ein Mißbrauch des Sorgerechts zur Last fällt, steht nur dem VormG., nicht auch dem Verwaltungsrichter zu. Vgl. auch oben Ziff. III B 2 zu § 1631.

V. Vernachlässigung.

Karlsruhe 12. 7. 16, BadRpr. 17, 75. Die bloße Tatsache, daß die Wohnungsverhältnisse bei der Mutter ungünstig sind, beweist bei deren Armut nicht ohne weiteres, daß die Mutter ihre Töchter vernachlässigt hat.

VI. Voraussetzung und Inhalt der Anordnungen.

1. Rostock 8. 8. 16, MecklZ. 35, 177. Ist ein Pfleger für die Person des Kindes bestellt, so ist, solange die Pflegschaft besteht, das Recht und die Pflicht des Gewalthabers, für die Person des Kindes zu sorgen, nach § 1628 ausgeschaltet, für eine Maßregel aus § 1666 Abs. 1 also kein Raum.

2. KG. 9. 2. 17, OLG. 34, 264. Die Anordnung einer Unterbringung nach § 1666 Abs. 1 Satz 2 ist nur zulässig, wenn sie zum Zwecke der Erziehung erforderlich erscheint, die bisherige erziehliche Einwirkung der Eltern und der Schule also nicht ausgereicht hat. Um ein Verschulden des Vaters anzunehmen, bedarf es auch der Feststellung, daß die zur Unterbringung erforderlichen Mittel anderweit vorhanden sind.

3. BayObLG. 6. 10. 16, OLG. 35, 12. Die nach § 1666 zu treffenden Anordnungen können auch in Beschränkungen des Rechtes der Personensorge bestehen und jeden denkbaren Inhalt haben, z. B. den, daß dem Vater das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und dessen Erziehung zu leiten, entzogen wird.

4. Karlsruhe 28. 10. 16, BadRpr. 17, 53. Das VormG. kann im Falle eines dringenden Bedürfnisses durch eine vorläufige Anordnung über den Aufenthalt eines unehelichen Kindes das Recht der Mutter zur Sorge für die Person des Kindes (§ 1707) einschränken.

VII. Anordnungen aus § 1666 Abs. 2. Verschulden?

Starck, LeipzZ. 17, 849 folgert aus der Entstehungsgeschichte des Abs. 1 und 2 des § 1666, daß beide Absätze ein Verschulden des Gewalthabers voraussetzen, welches

sich für jeden von ihnen unmittelbar aus der Vorschrift selbst, insbes. für Abs. 2 aus der entsprechenden Anwendung des § 1680 und nicht erst, wie Planck annimmt, mittelbar daraus ergebe, daß Abs. 2 den Abs. 1 ergänze und Abs. 1 als weitere Voraussetzung eine Vernachlässigung des Kindes erfordere.

VIII. Kosten.

Starck, ZBlFG. 18, 234. Wer die Gerichtskosten einer nach § 1666 angeordneten Maßregel zu tragen hat, bestimmt das Landesrecht (in Preußen z. B. § 94 Abs. 1 Ziff. 6, Abs. 2 PrGKG.). Die Aufwendungen zur Vollziehung der Maßregel sind solche zum Lebensunterhalte des Kindes, für die der Unterhaltspflichtige dem Kinde gegenüber aufzukommen hat, soweit sie nicht dem Kinde selbst (z. B. aus den Erträgen seines freien Vermögens) zur Last fallen. Dem Kinde oder dem Unterhaltspflichtigen kann ein Schadensersatzanspruch gegen den Elternteil, der mit Vorsatz die Gefährdung des Kindes herbeigeführt hat, nach § 826 BGB. zustehen.

B. **Zwangserziehung** (Fürsorgeerziehung) **nach Landesrecht.**

I. Reichsrecht und Landesrecht.

Schrifttum: Janisch, A. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 8, 387. Die Gefangenschaft und die Fürsorgeerziehung als Rechtsverhältnisse (Besprechung von Freudenthal, Gefängnisrecht und Fürsorgeerziehung, Sonderabdruck aus: Holtzendorf-Kohler, Enzyklopädie).

Darmstadt 16. 3. 17, HessRspr. 18, 121, OLG. 34, 243. Art. 135 EGBGB. berechtigt, aber verpflichtet nicht die Landesgesetzgebung, die Zwangserziehung innerhalb der vorgeschriebenen Grenzen selbständig zu ordnen. Übt sie die ihr eingeräumte Befugnis aus und überträgt sie die Anordnung der ZwErz. dem VormG., so beruht diese Übertragung auf dem Landes- und nicht auf dem Reichsgesetze (SächsOLG. 32, 325). Sonach bildet die FE. keine Angelegenheit der freiw. Gerichtsbarkeit, die dem VormG. durch Reichsgesetz übertragen ist, und deshalb kann sie nach § 46 FGG. nicht an das Gericht eines anderen Bundesstaats abgegeben werden. Allerdings ist § 46 kraft Landesgesetzes anzuwenden, dieses kann aber die Rechtsverhältnisse nur innerhalb des eigenen Rechtsgebiets ordnen, nicht aber ist z. B. die hessische Gesetzgebung befugt, die Entscheidung eines Übernahmestreits zwischen einem hessischen VormG. und dem eines anderen Bundesstaats einem nicht hessischen OLG. zu übertragen. → Vgl. dagegen KG., KGJ. 48 A 41, JDR. 15 Ziff. B I zu § 1666 (Red.). ←

II. Preußen.

Statistik: Amtl. Statistik der FE. Minderjähriger in Preußen für die Rechnungsjahre 1913, 1914 u. 1915. — Schmidt, PrVerwBl. 39, 47 stellt die Wirkungen des FEG. während der Zeit v. 1. 4. 01 bis 31. 3. 16 und v. 1. 4. 16 bis 31. 3. 17 dar und stellt mit Bedauern — desgl. Bleßmann, FürsZBl. 8, 197 — das Versagen der Novelle v. 7. 7. 15 fest.

Kommentar: Aschrott, FEG. (3) 1917.

Schrifttum: Backhausen, FürsZBl. 9, 25. Bericht über die Vorgänge in der FE. seit dem 1. 4. 1914. — Becher, FürsZBl. 9, 98 bespricht die Bedeutung der Novelle zum FEG. v. 7. 7. 15 für die Praxis an der Hand der bisherigen Rechtsprechung des KG. Hiernach greift die FE. nicht Platz, wenn zum Unterhalt eines Kindes zwar öffentliche Mittel, aber nicht durch deren Inanspruchnahme, sondern kraft Gesetzes (z. B. wegen Hilfsbedürftigkeit) erforderlich erscheinen (KGJ. 48, 25), insbes. wenn Kriegsunterstützung nach dem RG. v. 28. 2. 1888 gewährt wird, ferner nicht, wenn öffentliche Mittel freiwillig geleistet werden, z. B. durch den Ortsarmenverband. Dieser Rechtspr. wird beigepflichtet und der Praxis empfohlen, durch weiteren Ausbau der Waisenpflege die unverdorbene, aber in der Umgebung der Familie gefährdete Jugend vor Verwahrlosung zu schützen. — Fränkel, FürsZBl. 9, 165. Anregungen zu Reformen bei Ausführung der FE. — Müller, FürsZBl. 9, 102. Hilfsschuleinrichtungen für Fürsorgezöglinge. Statistisches und Grundsätzliches.

Rechtsvergleichung.

Lenz, AÖstGZ. 17, 409 unterzieht den dem preuß. FEG. nachgebildeten Entwurf eines österr. G. über die Fürsorgeerziehung einer Kritik, insbes. wird die Bereitstellung der zur Durchführung der FE. erforderlichen Mittel vermißt.

Zu einzelnen Bestimmungen des FEG.

1. **§ 1.** a) *α*. KG. 27. 4. 17, DJZ. 17, 754, FürsZBl. 9, 63, JW. 17, 737. Zum Wesen deutscher Erziehung gehört nicht nur die Unterweisung in der deutschen Sprache, sondern auch die Gewöhnung an deutsche Sitten und Anschauungen. In der Nichtbeachtung dieses Grundsatzes kann die Gefahr einer sittlichen Verwahrlosung des Erziehungsbedürftigen i. S. des § 1666 BGB. und § 1 Nr. 1 FEG. gefunden werden.

β. Vgl. dazu Lilienthal, DStrafrZ. 17, 251, auch FürsZBl. 9, 153.

b) KG. 7. 7. 16, OLG. 34, 266. „Anderweite Unterbringung" i. S. des § 1 Nr. 1 FEG. bedeutet die Unterbringung an einer anderen Stelle als derjenigen, an der sich der Minderjährige gegenwärtig befindet.

c) KG. 9. 4. 15, OLG. 35, 347 betrifft einen Fall des § 1 Nr. 1 FEG. vor der Novelle v. 7. 7. 15.

2. **§ 3.** KG. 27. 4. 17, FürsZBl. 9, 95. Ein preuß. VormG. ist nicht zuständig, einen Minderjährigen, der in seinem Bezirke sich aufhält, aber in einem anderen Bundesstaate den Wohnsitz hat, der FE. zu überweisen. Ein solcher Minderjähriger gilt i. S. des preuß. FEG. nicht als Ausländer nach Art. 23 EG. z. BGB. (KGJ. 39 A 28; 47, 48).

3. **§ 4.** KG. 31. 3. 16, OLG. 34, 268, R. 17 Nr. 736. Die Zustellung des die Unterbringung zur FE. anordnenden Beschlusses an einen Kriegsteilnehmer ist, auch wenn das Amtsgericht bei Anordnung der Zustellung nicht bestimmt hat, ob die Form des § 172 oder des § 201 ZPO. beobachtet werden solle, und auch wenn das Ersuchen an die vorgesetzte Kommandobehörde (Kompagnieführer) nicht vom Richter, sondern in Form einer beglaubigten Abschrift der richterl. Verfügung erlassen ist, jedenfalls wirksam, wenn der Kompagnieführer das dem § 202 ZPO. entsprechende Zeugnis ausgestellt hat.

4. **§ 5.** a) KG. 4. 5. 17, FürsZBl. 9, 77. Gegen eine im Verfahren der vorläufigen Unterbringung ergehende Entscheidung steht dem zur Ausführung der FE. verpflichteten Kommunalverband ein Beschwerderecht nicht zu, da es sich hierbei nur um eine Maßnahme polizeilichen Charakters handelt, die den KV. (§ 9) zunächst überhaupt nicht berührt. Eine Kostenlast kann den KV. erst infolge eines auf Grund des § 4 FEG. ergehenden Beschlusses treffen, gegen diesen Beschluß steht aber dem KV. das Beschwerderecht zu. (Ebenso Noelle-Boschan 136, Schmitz (5) 170.)

b) KG. 17. 3. 16, KGJ. 49 A 38, R. 17, 384. Die zur vorläufigen Unterbringung eines Minderjährigen verpflichtete Polizeibehörde hat kein Beschwerderecht, wenn sie nicht nach § 4 Abs. 1 antragsberechtigt ist.

c) KG. 27. 4. 17, FürsZBl. 9, 95. Wird die in erster Instanz ausgesprochene Anordnung der FE. in höherer Instanz rechtskräftig aufgehoben, so tritt mit der Rechtskraft des Beschlusses eine Anordnung der vorläufigen Unterbringung von selbst außer Kraft.

d) KG. 17. 3. 16, R. 17, 384. Wenn das Verfahren ohne Anordnung der FE. zum Abschluß gelangt, so fallen die durch die vorläufige Unterbringung erwachsenden Kosten, z. B. Transport- und Anstaltspflegekosten, demjenigen zur Last, der die Kosten der örtl. Polizeiverwaltung zu tragen hat. Das ist in Städten mit Kgl. Polizeiverwaltung der Staat (G. v. 3. 6. 08, GS. 149), denn die Kosten gehören zu den unmittelbaren Polizeikosten, da eine unmittelbar verwaltende Tätigkeit der Polizei zur Erfüllung der ihr obliegenden Pflichten in Frage kommt (MBliV. 02, 4, 164, OVG. 35, 99).

5. **§ 14.** KG. 26. 3. 15, OLG. 34, 266. Ist die Anordnung der FE. rechtskräftig geworden, so ist damit zugleich die Frage endgültig entschieden, welcher Kommunalverband die FE. auszuführen hat.

6. **§ 15.** PrOVG. 14. 4. 16; 71, 165, 176. Wenn auch die nach § 15 FEG. dem Ortsarmenverbande zur Last fallenden Kosten keine Armenpflegekosten i. S. des UnterstützungswohnsitzG. v. 30. 5. 08 sein mögen, so sind sie doch, weil sie dem Ortsarmenverband als solchem zur Last gelegt sind, i. S. des § 6 ReichsbesteuerungsG. v. 15. 4. 11 zu den Armenlasten zu rechnen.

7. **§ 21.** a) **RG.** 7. 7. 17, JDR. 15 Ziff. B II 7, auch DStrafrZ. 17, 168, SächsRpflA. 17, 21.

b) **RG.** 12. 7. 16, R. 17 Nr. 1917. Die „List" i. S. des § 235 StGB. kann auch darin bestehen, daß zur Ausführung der Tat Ort und Zeit gewählt werden, die jede Vermutung eines unrechten Handelns ausschließen und die Verhinderung der Tat durch den Berechtigten besonders erschweren (Abholung des Kindes aus dem von einem Mitwirkenden erteilten Religionsunterricht).

III. Bayern.

Schrifttum: Hierl, Die materiellen Voraussetzungen der FE. in Bayern. München 1916. — Hochmann, BayRpflZ. 17, 245. Die öffentlichen Kosten der FE. in Bayern. — Kommentare zum BayFEG. i. d. F. v. 21. 7. 1915 Marschall-Erhardt 1917; Schiedermaier 1917 (2. Aufl. des von Th. v. d. Pfordten bearbeiteten ZwEG.).

1. Voraussetzung der FE.

a) BayObLG. 25. 5. 17; 18, 92, R. 17, 390. Voraussetzung der FE. ist nicht die bereits eingetretene Verwahrlosung, es genügt vielmehr Gefährdung des körperlichen oder sittlichen Wohles aus Verschulden des Erziehungsberechtigten. Steht diese fest, so genügt eine bloß entfernte Möglichkeit der Besserung nicht zur Ablehnung der FE.

b) BayObLG. 12. 1. 17, R. 17, 200. Von der Erfolglosigkeit einer vorangegangenen Verwarnung der Eltern oder der Androhung der FE. ist das sofort gebotene Einschreiten des VormG. nicht abhängig. — Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 des BayFEG. ist ebenso auszulegen, wie Art. 1 Nr. 1 des früheren ZwErzG.

2. Verfahren.

a) BayObLG. 25. 5. 17, E. 18, 89. Den Umfang der Beweiserhebung im FE-Verfahren bestimmt das Gericht nach pflichtmäßigem Ermessen.

b) BayObLG. 2. 3. 17, E. 18, 33, BayRpflZ. 17, 224, R. 17, 296. Gegenüber der Ablehnung der FE. steht der Distriktsverwaltungsbehörde das Beschwerderecht zu. Die in Art. 4 Abs. 2 FEG. vorgesehene Anhörung des Minderjährigen ist ohne Rücksicht auf dessen Alter vorzunehmen und darf nur dann unterbleiben, wenn sie in Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen nicht ausgeführt werden kann. Die Vorschrift in Art. 4 Abs. 3 FEG. (entsprechend dem § 1673 Abs. 2 BGB.) bezweckt, eine Prüfung nach der Richtung zu veranlassen, ob nicht schon durch die Unterbringung des Kindes bei Verwandten oder Verschwägerten für das Wohl und eine geeignete Erziehung des Kindes genügend vorgesorgt werden kann.

3. Vorläufige Unterbringung.

a) BayObLG. 28. 4. 16, R. 17, 96. Eine vorläufige Anordnung der Unterbringung zur FE. soll nur ergehen, wenn die jetzt vorliegenden Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die Durchführung des Verfahrens mit der endgültigen Anordnung der FE. endigt.

b) BayObLG. 30. 12. 16, R. 17, 96. Vorläufige Verwahrung des Minderjährigen kann nach Art. 7 Abs. 1 BayFEG. angeordnet werden, wenn dieser sich hochgradig widerspenstig gegen die Anordnungen der Schulbehörde und der Vormundschaftsbehörden gezeigt hat, so daß seine Vorführung durch die Gendarmerie nötig wurde.

c) BayObLG. 5. 1. 17; 18, 3. Die Anordnung einer vorläufigen Unterbringung

nach Art. 7 ist von der Durchführung eines Beweisverfahrens nach Art. 4 nicht abhängig, es genügt vielmehr, wenn dem VormGerichte die Voraussetzungen für die Anordnung der FE. nach Art. 2 glaubhaft gemacht erscheinen und wenn sofortiges Einschreiten dringend geboten ist.

d) BayObLG. 25. 5. 17; 18, 87. Die Rechtswirksamkeit der Anordnung der vorläufigen Unterbringung wird durch nachher eingetretene, erst vor dem Gericht der weiteren Beschwerde geltend gemachte Tatsachen nicht beeinträchtigt. Die Frage, ob durch diese Tatsachen die Voraussetzungen für die Anordnung der FE. weggefallen sind, kann erst in dem weiteren Verfahren über die endgültige Anordnung der FE. geprüft werden.

4. Vollzug der FE.

BayObLG. 27. 4. 17, R. 17, 344. Da nach Art. 9 FEG. der Vollzug der FE. den Verwaltungsbehörden obliegt, so findet gegen die Art des Vollzugs, insbes. ob der Minderjährige in einer Familie oder in einer Anstalt unterzubringen sei, eine gerichtl. Beschwerde nicht statt.

5. Wiederaufhebung der FE.

Ein Anlaß dazu liegt nicht schon vor:

a) BayObLG. 6. 10. 16; 17, 201, R. 17, 56, weil ihre Veranlassung, nämlich unsittliches Zusammenleben der Mutter mit einem Dritten aufgehört habe, indem es vielmehr auf die Nachwirkungen der früheren Verfehlung ankommt;

b) BayObLG. 30. 6. 17, R. 17, 390, weil der Vater aus dem Heeresdienst endgültig in die Heimat entlassen sei, wenn seine frühere schlechte Führung keine Gewähr für weitere ordnungsmäßige Erziehung bietet;

c) BayObLG. 27. 8. 17, R. 17, 572, weil das Kind in dem elterlichen Haushalte benötigt werde, indem vielmehr die sittlichen Interessen vorgehen.

6. BayObLG. 27. 8. 17, R. 17, 572. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens kennt das FEG. nicht; der Antrag kann aber in Wiederaufhebung umgedeutet und dies im Wege weiterer Beschwerde erreicht werden.

IV. Württemberg.

1. Stuttgart 3. 11. 16, BoschersZ. 17, 94, R. 17 Nr. 72, WürttRpflZ. 17, 58. Die Anordnung nach § 1666 BGB., daß ein Kind zum Zwecke der Erziehung in einer Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterzubringen sei, ist, wie sich aus Art. 135 Abs. 1, 2 EGBGB. ergibt, ein reichsrechtlicher Fall der Anordnung der FürsErz. Das Landesrecht durfte ihn ganz oder teilweise näher regeln. Im württ. FEG. wurde die FE. in ihrem ganzen Umfange geregelt, diejenige nach § 1666 BGB. mit der einzigen Beschränkung, daß der Minderjährige bei der Anordnung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben dürfe. Würde bei einem noch nicht 16 Jahre alten Minderjährigen dessen Unterbringung zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt angeordnet werden, so wäre damit die FE. des württ. Rechts angeordnet. Hierzu ist in Württemberg nur das Amtsgericht, nicht das ordentliche VormG. zuständig.

2. WürttVerwGerichtshof 17. 2. 15, WürttJ. 28, 243. Der für die Ersatzpflicht eines Ortsarmenverbandes nach Art. 19 Abs. 3 FEG. maßgebende Zeitpunkt wird durch die Anordnung der Fürsorgeerziehung, nicht durch die Verfügung einer vorsorglichen Unterbringung bestimmt.

V. Sachsen.

König, FürsZBl. 9, 106. Als Stichtag des § 1 Abs. 2 sächs. FEG. (Zeitpunkt der Vollendung des 16. Lebensjahrs) kommt der Tag, an dem das VormG. oder (in Abänderung der amtsgerichtl. Abweisung) das LG. die FE. anordnet, in Betracht, während es im übrigen unerheblich ist, ob der Minderjährige erst nach der maßgeblichen Anordnung der FE. das 16. Lebensjahr vollendet.

VI. Hessen.

1. Vgl. Darmstadt 16. 3. 17, oben Ziff. B I zu § 1666.

2. LG. Gießen 18. 4. 17, HessRspr. 18, 125. Ist die endgültige Maßregel der Zwangserziehung vor Vollendung des 18. Lebensjahrs des Kindes nicht getroffen, so kann auch die Anordnung der vorläufigen Unterbringung nach Art. 3 Abs. 2 hess. ZwangserziehungsG. nicht aufrecht erhalten werden.

VII. Braunschweig.

RG. (Strafs.) 3. 4. 16, JDR. 15 Ziff. B VII zu § 1666, auch E. (Strafs.) 50, 20.

VIII. Elsaß-Lothringen.

1. Colmar 10. 1. 16, ElsLothrJZ. 17, 131. Durch die Verhängung militärischer Schutzhaft wird die Anordnung der Zwangserziehung nicht erübrigt, da der Minderjährige jederzeit ohne Vorwissen des VormG. aus der Haft entlassen werden kann und dann der Gefahr weiterer Verwahrlosung ausgesetzt ist.

2. Colmar 9. 5. 17, ElsLothJZ. 17, 210. Gegenüber der Anordnung der Zwangserziehung steht auch der aus Verschulden geschiedenen Mutter, wenn dem Vater die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist, das Beschwerderecht aus § 57 Ziff. 9 FGG. zu, wenn die Mutter damit das Interesse des Kindes wahrnimmt.

§ 1667.

BayObLG. 16. 9. 16, JDR. 15 Ziff. 2 zu § 1667, auch E. 17, 186.

§ 1677.

KG. 27. 10. 16, R. 17 Nr. 837. Auch geistige Erkrankung kann einen Grund bilden, der die Feststellung des Ruhens der elterl. Gewalt i. S. des § 1677 rechtfertigt, ohne daß die geistige Erkrankung einen solchen Grad erreicht zu haben braucht, daß sie das Ruhen der elterl. Gewalt kraft Gesetzes (§ 1676) im Gefolge hätte, nur muß sie einen solchen Grad erreicht haben, daß der Inhaber der elterl. Gewalt für Mißgriffe bei deren Ausübung nicht mehr verantwortlich gemacht werden kann.

§ 1680.

1. a) Starck, LeipzZ. 17, 726. Für die Verwirkung der elterl. Gewalt ist nicht die Höhe der Einzelstrafen, sondern die der Gesamtstrafe maßgebend (vgl. Mot. 4, 839).

b) Dagegen Mantey, LeipzZ. 17, 911, der auf den Wortlaut der Gesetzesvorschrift „wegen eines Verbrechens" Gewicht legt.

2. Mantey, LeipzZ. 17, 914. Unter einem „an dem Kinde" begangenen Verbrechen oder Vergehen ist nur ein solches zu verstehen, bei dem eine unmittelbare Beziehung der Tat auf die Person des Kindes vorliegt. Eine solche Beziehung ist bei einer gegen gegen das Eigentum oder das sonstige Vermögen des Kindes gerichteten Tat nicht vorhanden.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1687.

KG. 16. 3. 17, OLG. 34, 268. Nur wenn die Mutter die elterl. Gewalt in vollem Umfange besitzt oder doch wenigstens ausübt, kann ihr nach § 1687 BGB. ein Beistand bestellt werden, daher nicht, wenn ihr nach § 1635 nur die Personensorge zusteht, während die Vertretungsbefugnis des Vaters unberührt geblieben ist.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Vorbemerkung. Über die Bedeutung des Rechtes der Erben, nach § 1712 das uneheliche Kind mit dem Pflichtteil abzufinden, hat sich das RG. (Ziff. 1 zu § 1712) eingehend ausgelassen. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist (Ziff. 2 zu § 1717) die Erörterung über die Möglichkeit einer Feststellungsklage gegen die gesetzl. Erben des Vaters eines unehelichen Kindes, insbes. um für das Kind die Kriegsunterstützungen zu erlangen.

Schrifttum: Bovensiepen, Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, ThürBl. 64, 110 (Rechtsvergleichung).

§ 1707.

RG. (Strafs.) 25. 6. 17, LeipzZ. 17, 1267, R. 17 Nr. 1914. Die Mutter eines unehelichen Kindes kann sich der fahrlässigen Tötung des Kindes schuldig machen, wenn sie die Sorge für dessen Person dadurch vernachlässigt hat, daß sie es unterlassen hat, eine erfahrene Person bei der Geburt hinzuzuziehen, und infolgedessen das Kind infolge des Fehlens jeder hierdurch ermöglichten Pflege gestorben ist.

§ 1708.

1. LG. Heilbronn 27. 3. 17, JW. 17, 670. Auf die von dem Vater geschuldeten Unterhaltsbeträge hat sich das Kind die ihm gewährte Kriegsunterstützung anrechnen zu lassen, denn die Kriegsunterstützung wird zur Entlastung der durch die Kriegsteilnahme ihrem Beruf und Verdienst entzogenen Personen gewährt.

2. PrOVG. 21. 3. 16; 71, 262. Grundsätzlich haftet das Kind, als Gegenleistung für die Gewährung des Unterrichts, für die Zahlung des Fremden-Schulgeldes, soweit nicht die Kosten von dem unterhaltspflichtigen Vater (§ 1708) zu tragen sind. Die Haftung des Kindes tritt wiederum ein, wenn der Vater nach § 1714 das Kind abgefunden hat oder zufolge rechtskräftiger Entscheidung die Kosten der Erziehung nicht zu tragen hat.

§ 1712.

1. **RG.** 10. 5. 17; 90, 202, JW. 17, 850, R. 17 Nr. 1430—1432, 1443. Das Recht des Erben, das uneheliche Kind mit dem Pflichtteilsbetrag abzufinden, ist an keine Beschränkung gebunden, insbes. braucht der Erbe nicht darzutun, daß er sonst ungünstiger gestellt sein würde, als das uneheliche Kind, oder daß das uneheliche Kind mehr als den einem ehelichen zukommenden Pflichtteil erhalten würde. Das Abfindungsrecht steht dem Erben persönlich zu; der etwa vorhandene Testamentsvollstrecker hat lediglich für die tatsächliche Herbeiführung der Abfindung zu sorgen. Durch die Wahl des Abfindungsrechts wird nicht erst eine selbständige Nachlaßverbindlichkeit begründet, sondern nur eine schon zur Zeit des Erbfalls bestehende Verbindlichkeit der Höhe und Zahlungsweise nach festgestellt. Erst nach Abzug des Abfindungsbetrags ist daher der Pflichtteil etwaiger sonstiger Pflichtteilsberechtigter festzustellen. Das mit dem Pflichtteil abgefundene uneheliche Kind selbst rückt durch die Abfindung nicht in die rechtliche Stellung eines Pflichtteilsberechtigten ein, sondern bleibt reiner Nachlaßgläubiger und hat insofern ein stärkeres Recht als die wirklichen Pflichtteilsberechtigten, die Befriedigung erst aus dem schuldenfreien Nachlasse verlangen können.

2. LG. Liegnitz 14. 7. 17, BreslAK. 17, 49. Die im Gesetze vorgesehene Abfindung tritt an die Stelle aller nach dem Tode des Erzeugers verfallener Unterhaltsforderungen, auch der bis zur Zahlung der Abfindungssumme rückständig gebliebenen (OLG. 30, 142, JDR. 13, 14 zu § 1712). Mit dem Tode des Vaters verwandelt sich der Unterhaltsanspruch in einen erbrechtlichen Anspruch.

§ 1714.

KG. 18. 5. 17, R. 17 Nr. 1379. Es ist rechtsirrtümlich, die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung zu einem gemäß § 1714 geschlossenen Abfindungsvertrage lediglich deshalb zu verweigern, weil der durch einen Bevollmächtigten vertretene angebliche Vater des unehelichen Kindes in dem Vertrage nicht namentlich aufgeführt sei (§ 164 BGB.), vgl. Rümelin, ACivPr. 93, 199.

§ 1717.

Gesetzesänderung.

1. a) Eine Änderung des § 1717 wurde in der Sitzung des preuß. AbgH. v. 17. 2. 17 von Ministerialdirektor Dr. Kirchner dahin empfohlen, daß der Geschlechtsverkehr der

Mutter mit mehreren Männern nicht mehr alle Ansprüche des Kindes abschneiden solle.

b) Auch Klumker, FürsZBl. 9, 129 empfiehlt die Beseitigung des § 1717.

2. Dagegen Gerson, DJZ. 17, 318, da ein völliges Verwerfen der Einrede das geschwängerte Mädchen zur Jagd auf weitere Beiwohner verleite und die Unsittlichkeit fördere; ausreichende Abhilfe biete eine strengere Prozeßleitung, insbes. die Anforderung an eine strenge Beweisführung.

3. Wörter, DStrafrZ. 17, 291, BadRpr. 17, 96 empfiehlt die Einschränkung der exceptio plurium, wenn die Beiwohnung nur durch eine strafbare Handlung gelungen ist.

Schrifttum: Prestele, BayRpflZ. 17, 269 behandelt die Rechtsverhältnisse der Vaterschaft bei unehelichen Kindern, je nachdem es sich um eine solche i. S. des § 1717 oder im familienrechtlichen Sinne handelt, an der Hand der gesetzlichen Vorschriften.

1. LG. Straubing 5. 10. 16, BayRpflZ. 17, 29. Die Vermutung des § 1717 gilt für die Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde nur, soweit diese als Grundlage für die Unterhaltspflicht, nicht für die Feststellung der Vaterschaft in Betracht kommt.

2. a) LG. Augsburg 23. 4. 17, BayRpflZ. 17, 295, FürsZBl. 9, 158 hält eine Feststellungsklage auf Anerkennung der Vaterschaft gegen die gesetzlichen Erben des Kindesvaters auch dann für zulässig, wenn dieser kein Vermögen hinterlassen hat, da nur auf diesem Wege zutreffendenfalls dem Kinde der Anspruch auf die ihm nach § 1 des RGes. v. 4. 8 14 zukommenden Bezüge verwirklicht werden könne.

b) AM. Dittmann und Lersch, BayRpflZ. 17, 114, 272 und Kipp, FürsZBl 9. 30, der die Zulassung einer vormundschaftsgerichtl. Feststellung entsprechend dem Muster der BRVO. v. 18. 1. 17 empfiehlt.

c) Salomon, JW. 17, 91 hält, entgegen Schwarzmann, JW. 16, 1594, zur Feststellung der Vaterschaft gegenüber den gesetzlichen Erben des vermögenslos verstorbenen Erzeugers eine Klage des unehelichen Kindes gegen die Erben auf Leistung des Unterhalts für zulässig und ausreichend, um daraufhin, wenn der Erzeuger im Kriege gefallen ist, die Reichszuwendung der VO. v. 23. 4. 15, RGBl. 257, zu erlangen.

d) Tuch und Schüler, JW. 17, 277 halten diesen Weg nicht für gangbar für den Fall, daß der Vater des Kindes überhaupt kein Vermögen hinterlassen hat (OLG. 24, 67), erachten aber auch in diesem Falle eine Klage gegen die Erben des Vaters auf Feststellung der Vaterschaft als gegeben, ersterer, weil die Erben die eigentlichen Unterhaltspflichtigen seien und nur an ihre Stelle der Staat trete, letzterer unter Hinweis auf § 644 ZPO., indem er das Interesse des Kindes an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses darin findet, daß es sich um die Erlangung der Reichszuwendung und der in Aussicht gestellten Waisenrente handle.

3. Dittmann, BayRpflZ. 17, 112. Vaterschaft und Kriegsteilnehmer. Dem unehelichen Kinde steht ein doppelter Weg offen: der der Leistungsklage nach §§ 1708 bis 1716 auf Gewährung des Unterhaltes und unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO. der der Feststellungsklage auf Anerkennung der Vaterschaft i. S. des § 1310 Abs. 3. Im ersteren Falle „gilt" der Konkumbent als Vater des Kindes und kann sich nur durch den Beweis der Einrede der mehreren Zuhälter befreien, während im zweiten Falle das Kind nach den gewöhnlichen Beweisregeln den vollen Beweis erbringen muß, daß der Bekl. mit Sicherheit sein Erzeuger sei. Die Verbindung beider Klagen ist nicht unzulässig, doch wird durch die Verbindung der Charakter beider Klagen nicht geändert. Ist der Bekl. Kriegsteilnehmer und macht er von dem Aussetzungsrecht nach § 3 KTSchG. und § 2 BRVO. v. 14. 1. 15 Gebrauch, so muß dem Aussetzungsantrage wegen der Feststellungsklage, da es sich um einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch handelt, entsprochen werden, während, wenn die Aussetzung hinsichtlich der Unterhaltsklage offenbar unbillig ist, das Verfahren von dem der Feststellungsklage getrennt werden kann, um der Unterhaltsklage Fortgang zu geben (ZPO. § 145).

4. Lammers, FürsZBl. 9, 117 vertritt, entgegen OLG. 4, 407 (Braunschweig), R. 09 Nr. 3092 (Frankfurt), BayRpflZ. 1, 60 (Zweibrücken) im Anschluß an Kuttner, JheringsJ. 50, 412, Wörner, SächsRpflA. 15, 52, Heymann R. 00, 514 die Ansicht, daß § 1717 Abs. 2 den Nachweis einer außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit eingetretenen Empfängnis nicht ausschließe.

5. Josef, FürsZBl. 9, 146. Haben mehrere Männer in gemeinschaftl. Zusammenwirken eine Frau vergewaltigt oder durch hinterlistige Machenschaften es erreicht, daß die Frau sich jedem von ihnen hingegeben hat, so hat das aus diesem Verkehr hervorgegangene Kind gegen jeden der Beischläfer zwar nicht aus § 1707, wohl aber aus § 826 BGB. den Anspruch, so gestellt zu sein, als ob der Bekl. mit der Mutter allein den Beischlaf vollzogen hätte (vgl. RG., GruchotsBeitr. 57, 153). Hat die Mutter, bevor sie genotzüchtigt wurde, mit einem anderen in der Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt, der Notzüchtiger bei seinem Geschlechtsverkehr aber davon nichts gewußt, so entfällt jeder Unterhaltsanspruch des Kindes. Dasselbe gilt, wenn zwei Männer in der Absicht, sich die exceptio plurium zu sichern, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise es erreicht haben, daß eine Frauensperson in der Empfängniszeit sich jedem von ihnen hingegeben hat, denn in diesem Falle wird die Schädigung des Kindes im wesentlichen durch das sittenwidrige Verhalten der Mutter, weil sie sich das gleiche Verhalten der Männer hat gefallen lassen, herbeigeführt.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719.

Über die Legitimation der Kinder von Kriegsteilnehmern und deren Feststellung durch das VormG. unten Ziff. I zu § 25 PStG.

§ 1720.

Stuttgart 30. 3. 17, BoschersZ. 17, 255, R. 17 Nr. 838. Die Vermutung des § 1720 Abs. 2 ist widerlegbar. Deshalb schließt die Beurkundung der Anerkennung der Vaterschaft im Heiratsregister und die Eintragung der Anerkennung im Geburtsregister (§ 167 Abs. 2 FGG.; § 25 PStG.) die Klage des angeblichen Vaters gegen das Kind auf Feststellung, daß es nicht sein eheliches Kind sei, nicht aus.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

Vorbemerkung. Hervorzuheben ist (zu § 1755) die Entsch. des RG. über die Nichtigkeit einer Annahme an Kindesstatt wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, wenn damit bezweckt wird, die Anfechtung eines Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments gemäß §§ 2079, 2281 zu ermöglichen.

§ 1750.

Kemmer, BayRpflZ. 17, 11 hält abweichend von RJA. 13, 172 (KG.) — JDR. 13 zu § 1750 — bei Abschluß eines die Annahme an Kindesstatt enthaltenden Vertrags eine Stellvertretung in der Abgabe der Willenserklärung in der Weise für zulässig, daß die Vollmacht genau den Inhalt der abzugebenden Erklärung enthält. Damit stimmt nach der Angabe des Verf. die Praxis des AG. und LG. München überein, vgl. Bek. des BayJM. v. 26. 12. 1899 (JMBl. 1341) Ziff. 6 .

§ 1755.

RG. 8. 3. 17, JW. 17, 536, R. 17 Nr. 847, SeuffA. 72, 324, WarnE. 17, 185. Auch familienrechtliche Verträge, wie z. B. die Annahme an Kindesstatt, können wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, selbst wenn sie gerichtlich bestätigt sind, nichtig sein, wenn sie z. B. nur dazu dienen sollen, die Anfechtung eines Erbvertrags oder gemeinschaftlichen Testaments gemäß §§ 2079, 2281 zu ermöglichen.

Aber auch wenn der Annahmevertrag wegen Gutgläubigkeit des anderen Teiles der Nichtigerklärung entrückt ist, bleibt zu prüfen, ob nicht die auf Grund der Annahme an Kindesstatt erklärte Anfechtung des Testaments selbst wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2079.

§ 1757.

Hörle, GruchotsBeitr. 61, 423 verneint im Gegensatze zu Opet-Blume Anm. 3aβ und Staudinger (7/8) Anm. 3 zu § 1757, daß ein Ehegatte noch nach dem Tode des anderen Ehegatten dessen Kind an Kindesstatt annehmen könne, da die hierauf bezüglichen Vorschriften des BGB. auf dem Grundsatze der Gegenseitigkeit beruhten und nach ihrer Begründung und Wirkung das Dasein eines Ehepaars voraussetzten. Es wird daraus gefolgert, daß, wenn eine Witwe das Kind ihres verstorbenen Mannes an Kindesstatt annimmt, das Kind den von ihr vor ihrer Verheiratung geführten Namen erhalte und den Namen des Vaters nur im Wege der Namensänderung behalten könne. Auf ein etwa bestehendes Adelsverhältnis ist bei der Bestätigung nicht Rücksicht zu nehmen; der Übergang des adeligen Namens auf das Kind richtet sich nach Landesrecht.

§ 1766.

Königsberg 12. 6. 17, OLG. 35, 355, PosMSchr. 17, 65. Zu den leiblichen Verwandten, vor denen der Annehmende dem Kinde gegenüber unterhaltspflichtig ist, gehört auch der natürliche Vater eines an Kindesstatt angenommenen unehelichen Kindes. KGJ. 46, 65, JDR. 13 Lit. a, wird nicht gebilligt.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Schrifttum: Felisch, Ein deutsches Jugendgesetz. Berlin 1917.

Ein „Hauptausschuß für deutsches Jugendrecht" ist am 18. 6. 17 unter dem Vorsitze von Felisch im preuß. AbgH. zu Berlin ins Leben gerufen worden. Die Leitsätze der beschließenden Versammlung s. FürsZBl. 9, 90.

Behördliche Maßnahmen in Württ. gegen die Gefährdung der Jugendlichen im Kriege werden besprochen BoschersZ. 17, 185, 253 (Hellwig).

Württ. Min. d. Justiz u. d. J. v. 1. 7. 17 (ABl. d. JM. S. 44): Grundsätze für die Anbahnung einer wirksamen vormundschaftsgerichtlichen Fürsorgetätigkeit für aus dem Ausland ausgewiesene Minderjährige, den preuß. VormG. mitgeteilt durch preuß. JM. 10. 7. 17 (JMBl. 214).

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

§ 1773.

I. Berufsvormundschaft.

Bloch, FürsZBl. 9, 135, berichtet über die elfte Tagung Deutscher Berufsvormünder (Berlin 19. und 20. Sept. 1917).

Janisch, FürsZBl. 9, 13 schildert die bisherige Wirksamkeit des körperschaftl. Vormundschaftsrats — eines körperschaftl. organisierten Gemeindewaisenrats — als Trägers der Berufsvormundschaft in Österreich.

Klumker, FürsZBl. 9, 97 bespricht die nächsten Aufgaben der Berufsvormundschaft, sowohl was ihre Aufgaben (Erziehungsauswahl und Erziehungsaufsicht), als auch was ihre innere Einrichtung betrifft.

Klumker, DStrafrZ. 17, 223 erörtert, welche Ersparnisse bei den Gerichten durch die Berufsvormundschaften erreicht werden und durch planmäßigen Ausbau noch weiter erreicht werden können.

Leuenberger, Amtsvormundschaft und Jugendfürsorge. Bern 1916.

Rosenstock, PrVerwBl. 39, 121 empfiehlt, alle unehelichen Kinder der Berufsvormundschaft zu unterstellen und eine Vorschußpflicht der Gemeinde oder Polizei wegen des dem unehelichen Kinde zu gewährenden Unterhalts, wie es z. B. in Norwegen der Fall ist, gesetzlich einzuführen. Empfohlen wird ferner, die gesamte Kinderfürsorge und Kinderaufsicht einem größeren Verbande, etwa dem Kreise, zu übertragen, nötigenfalls unter Gewährung staatlicher Zuschüsse.

Zur Frage der Berufsvormundschaft. Heft 10. Berichte der 10. Tagung deutscher Berufsvormünder in Leipzig am 13. 9. 1916. Berlin 1917.

II. Jugendgerichte.

Bericht über die Kriegstagung der Deutschen Jugendgerichtshilfen, erstattet von Bloch, FürsZBl. 8, 35 (Gründung eines Ausschusses für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen).

Becker, ZBlFG. 18, 181. Notwendigkeit der Arbeit der Jugendgerichtshilfe und ihres Zusammenschlusses zu größeren Organisationen.

Becker, DStrafrZ. 17, 114. Der bedingte Strafverfolgungsaufschub mit nachfolgender Niederschlagung des Strafverfahrens gegen Jugendliche. (Besprechung der in einzelnen Bundesstaaten in dieser Richtung getroffenen Anordnungen und ihrer Erfolge.)

Feisenberger, FürsZBl. 9, 81. Kinderschutz, Jugendgericht und Jugendgerichtshilfe.

Friedeberg, DStrafrZ. 17, 227 berichtet über die von der Deutschen Zentrale für Jugendfürsorge einberufene Kriegstagung der Deutschen Jugendgerichtshilfen im Herrenhause zu Berlin in der Zeit vom 12. bis 14. 4. 1917.

Merhout, DStrafrZ. 17, 126. Der Jugendgerichtshof im Erziehungsheim „Am Urban" in Zehlendorf. (Schilderung der in dieser Anstalt getroffenen Einrichtung konstitutionellen Charakters.)

Schmidt, DRichterZ. 17, 14 befürwortet die Bestellung von Berufspflegern zur Geltendmachung der Unterhaltsansprüche ehelicher Kinder gegen ihren Vater und die Vermeidung von Härten bei der Zwangsvollstreckung, insbes. die Erwirkung von Pfändungsbeschlüssen (Lohnbeschlagnahmen) nur in solcher Höhe, daß dem Schuldner der eigene notdürftige Unterhalt verbleibt, ohne daß dieser erst den Weg der Einwendung nach § 850 Abs. 4 ZPO. zu beschreiten braucht.

§ 1777.

LG. Neuwied 13. 10. 16, FrankfRundsch. 50, 293 sieht die Benennung eines Vormundes in den Worten eines Testaments: „Die Erziehung meines Sohnes liegt ganz allein in der Hand meiner lieben Frau; nach ihrer Weisung möge er ein ganzer Mann werden, wie ich es stets mit ihm beabsichtigt habe", in Abw. von BayObLG. 6, 84, woselbst eine Benennung i. S. des § 1777 noch nicht darin erblickt wird, daß der Vater das Kind der Erziehung und Obhut einer bestimmten Person unterstellt wissen will.

§ 1779.

BayObLG. 16. 2. 17, E. 18, 27, DJZ. 17, 758, OLG. 34, 241, R. 17 Nr. 839. Das Ermessen des VormG. bei der Auswahl des Vormundes (Pflegers) ist durch die Vorschrift des § 1779 Abs. 1, 2 eingeschränkt. Deren Nichtbeachtung hat zwar nicht die Rechtsunwirksamkeit der Bestellung des Vormundes (Pflegers) zur Folge, ist aber eine Gesetzesverletzung, die zur Beschwerde berechtigt und, falls diese als gerechtfertigt erachtet wird, die Entlassung des Pflegers nach sich zieht, auch wenn die Voraussetzungen des § 1886 hierfür nicht gegeben sind.

§ 1788.

KG. 22. 9. 16, R. 17 Nr. 841. Will das VormG. den zum Vormund Ausgewählten durch Ordnungsstrafen zur Übernahme der Vormundschaft anhalten, so steht der Umstand, daß der in Anspruch Genommene gegen einen Straffestsetzungsbeschluß Beschwerde eingelegt hat, der Verhängung weiterer Strafen nicht entgegen (§§ 24, 33 FGG.).

II. Führung der Vormundschaft.

§ 1793.

1. LG. Kiel 1. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 132. In der Erteilung einer Vollmacht durch den Vormund liegt noch nicht die Übertragung des vormundschaftlichen Amtes. Eine etwa zu weit gehende Übertragung der Vertretungsmacht ist auf die Rechtswirksamkeit der Vollmacht und der auf Grund ihrer abgeschlossenen Verträge ohne Einfluß (SeuffA. 66, 306). Die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung kann daher aus diesem Grunde nicht versagt werden.

2. BayObLG. 13. 4. 17, OLG. 35, 13. Der Vormund kann zwar nicht die Gesamtheit seiner amtlichen Rechte und Pflichten auf einen Dritten übertragen, wohl aber, besonders auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung, einzelne Geschäfte durch einen Dritten besorgen lassen.

§ 1796.

BayObLG. 2. 6. 17, BayObLG. 18, 105, R. 17 Nr. 1433. Ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Vormund und Mündel kann darin bestehen, daß der natürliche Vater die Ehelichkeitserklärung des Mündels betreibt, während der Vormund den Mündel bei sich behalten und an Kindesstatt annehmen will.

§ 1804.

BayObLG. 1. 6. 17, R. 17 Nr. 1434. Als Erfüllung einer sittlichen Pflicht ist es nicht anzusehen, wenn es sich um die Gewährung einer Abfindung für einen erst vor kürzerer Zeit (knapp drei Jahren) angestellten Bediensteten handelt, auch wenn dieser beim Diensteintritt schon in vorgerückten Jahren gestanden hat.

§ 1805.

RG. 25. 1. 17, JW. 17, 288, R. 17 Nr. 643, 644, WarnE. 17, 119. Durch § 1805 wird die Anlegung von Mündelgeld bei einer oHG., zu deren Gesellschaftern der Vormund gehört, nicht ausgeschlossen, da die oHG. von der Person ihrer Gesellschafter rechtlich verschieden ist (**RG.** 79, 146). Ob nicht gleichwohl im einzelnen Falle von einer solchen Anlegung gesagt werden könnte, daß der Vormund das Vermögen des Mündels i. S. des § 1805 „für sich" verwende, kann dahingestellt bleiben, da jedenfalls ein Verstoß gegen § 1805 die gewählte Art der Anlegung des Mündelvermögens nicht als nichtig erscheinen läßt. Die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen § 1805 sind in § 1834 bestimmt, zu dem die allgemeinen Vorschriften in den §§ 1833, 1837, 1886 noch ergänzend hinzukommen, dagegen ist ein gegen § 1805 verstoßendes Rechtsgeschäft nicht schlechthin nichtig. Zur Begründung eines auf Verletzung des § 1805 gestützten Schadensersatzanspruchs gehört die Darlegung, daß bei einer den §§ 1807, 1808 entsprechenden Anlegung höhere Zinsen als bei der gewählten Art der Anlegung erzielt worden wären.

§ 1812.

RG. 1. 5. 17, GesuR. 17, 507. Die Vorschrift des § 1812 ist auch im Bankverkehre von den Banken zu beachten. Hat dem entgegen der Vormund ohne die Genehmigung des VormG. Mündelgeld abgehoben, aber zugunsten des Mündels verwendet, so hat er es in Vertretung des Mündels erhalten, und der Mündel kann nicht nochmalige Zahlung von der Bank verlangen.

§§ 1812, 1821.

Schwarz, HessRspr. 18, 182, 198 bespricht zwei Verf. des hess. Min. d. Justiz v. 26. 10. 07 und 27. 11. 09 über die Frage, wann eine bei dem AG. eingegangene, zugleich die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung nachsuchende Eintragungsbewilligung als bei dem Grundbuchamt eingegangen anzusehen sei.

§ 1821.

1. LG. München II 27. 11. 15, BayNotZ. 17, 152. Das Fehlen der nach § 1821 Abs. 1 Nr. 2 erforderlichen Genehmigung mag zwar der Verfügung über das Grundstück die befreiende Wirkung hinsichtlich der Forderung auf Übertragung des Grundstücks nehmen, das dingliche Übereignungsgeschäft aber bleibt wirksam.

2. Stuttgart 10. 11. 16, R. 17 Nr. 68. Die Erteilung der vormundschaftsgerichtl. Genehmigung kann im gegebenen Falle von der Erfüllung einer Bedingung abhängig gemacht werden.

3. **RG.** 8. 10. 17, R. 17 Nr. 2032. Hat ein Testamentsvollstrecker dem Vormund eines entmündigten Erben Mittel des Nachlasses zum Erwerb eines Grundstücks überlassen, so bedarf es zu diesem Erwerbe der vormundschaftsgerichtl. Genehmigung nur dann, wenn nach dem Willen der Beteiligten das Geld aus der Verwaltung des Testamentsvollstreckers ausgeschieden und der Verwaltung des Vormundes unterworfen sein sollte, nicht aber, wenn das Grundstück an Stelle des dafür aufgewendeten Geldes der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterfiel (JW. 13, 1000 Nr. 23).

§ 1822.

Vgl. unten KG. 8. 6. 16 Ziff. 4 zu § 1911 (Genehmigung der durch den Abwesenheitspfleger erklärten Wahl des Märkischen Ehegatten über die Einwerfung oder Zurücknahme des eigenen Vermögens).

§ 1829.

1. LG. Straßburg 14. 12. 16, ElsLothNotZ. 17, 48. Haben die Beteiligten Mitteilung der vormundschaftsgerichtl. Genehmigung an den Notar vereinbart, so hat deren Zugang an den Notar dieselbe Wirkung, wie der Zugang an die Partei persönlich.

2. BayObLG. 12. 7. 16, E. 17, 172. Der Notar, der zur Empfangnahme der Mitteilung der vormundschaftl. Genehmigung ermächtigt ist, muß unter Umständen auch zur Mitteilung der Genehmigung an den anderen Teil als ermächtigt gelten, wenn diese Ermächtigung auch in der Urkunde nicht ausdrücklich erklärt ist.

3. BayObLG. 26. 10. 17, BayRpflZ. 17, 392. Der Entschluß des Vormundes, von der Genehmigung des VormG. Gebrauch zu machen, kann dem Dritten gegenüber nicht anders als durch Mitteilung an ihn (nicht an eine Mittelsperson ohne Vollmacht) betätigt werden. Das VormG. kann die Genehmigung einem Dritten gegenüber nur dann wirksam erklären, wenn der Dritte von dem Pfleger zur Entgegennahme bevollmächtigt ist (§ 164 Abs. 3). § 171 Nr. 1 FGG. hindert den Notar, eine Vollmacht auf sich wirksam zu beurkunden.

§§ 1829 ff.

RG. 25. 1. 17, JW. 17, 288, R. 17 Nr. 646, WarnE. 17, 119. Die §§ 1829 ff. finden nur da Anwendung, wo — wie in den §§ 1821, 1822 — das Erfordernis vormundschaftsgerichtl. Genehmigung die Bedeutung einer Beschränkung der Vertretungsmacht des Vormundes hat, nicht dagegen da, wo es nur für das Innenverhältnis von Bedeutung ist, wo der Vormund durch die Nichteinholung der Genehmigung zwar eine Pflichtwidrigkeit begeht (§§ 1837, 1886) und sich gegenüber dem Mündel verantwortlich macht (§ 1833), wo aber das ohne die Genehmigung vorgenommene Rechtsgeschäft trotzdem gültig ist. Zu den Vorschriften, die nur das Innenverhältnis im Auge haben, gehört auch § 1811, was sich schon daraus ergibt, daß § 1807 nur Sollvorschriften enthält, von deren Beobachtung die Gültigkeit des Anlegungsgeschäfts nicht abhängt. Die Gestattung nach § 1811 schützt lediglich den Vormund vor der Inanspruchnahme, die darauf gegründet wird, daß er die §§ 1807, 1808 nicht beobachtet habe.

§ 1831.

Kretzschmar, ZBlFG. 18, 12 gegen **RG.** 25. 2. 15, JDR. 14. Ein gesetzlicher Vertreter kann wirksam die Erbschaft erst ausschlagen, nachdem ihm die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung dazu erteilt worden ist.

§ 1832.

Josef, HoldheimsMSchr. 17, 34 (Die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung der Erbschaftsausschlagung in ihrer Einwirkung auf das RegisterG.) — gegen KGJ. 21, 198; 29, 40. — Beantragt der Vormund, den Mündel auf Grund Erbganges als Firmeninhaber einzutragen, und ersieht das RegisterG., daß er dem Nachlaßgericht die Ausschlagungserklärung rechtzeitig binnen der Ausschlagungsfrist, die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung aber erst nach Ablauf der Frist eingereicht hat, so hat das RegisterG. die Ausschlagung als rechtswirksam erfolgt anzusehen, also die Eintragung des Mündels abzulehnen. Denn die Genehmigung des VormG. ist zwar eine obrigkeitl. Verfügung, sie hat aber, da sie zur Ergänzung der Vertretungsmacht des Vormundes dient und in § 1832 der Genehmigung des Gegenvormundes gleichgestellt wird, nach der Absicht des Gesetzes die Bedeutung einer rechtsgeschäftl. Erklärung. Danach muß auf sie auch der § 184 Abs. 1 BGB. Anwendung finden.

§ 1833.

1. Dresden 3. 10. 16, SächsRpflA. 17, 167, SeuffA. 72, 222. Ist jedem von mehreren Mitvormündern ein selbständiger Wirkungskreis zugewiesen, so besteht eine Aufsichtspflicht des einen dem anderen gegenüber nicht. Daß die Teilung der Geschäfte in der Bestallung nicht zum Ausdruck gebracht worden ist, ist unerheblich, da die Bestallung keine Vollmacht oder Legitimationsurkunde ist.

2. Karlsruhe 8. 1. 16, BadRpr. 17, 124, 133, 145, LeipzZ. 17, 1281 (hier 8. 1. 17) behandelt die Schadensersatzpflicht eines Pflegers wegen ungerechtfertigter Bewilligung des Rangrücktritts einer mit dem gesetzlichen Anspruch auf Bestellung einer Unterpfandes ausgestatteten Mündelhypothek (Art. 33 württ. PfandG. v. 1825, Art. 262 Abs. 1 württ. AG. z. BGB., art. 2121 code civil).

§§ 1835, 1836.

Boschan R. 17, 393. Die allgemeinen Geschäftsunkosten eines als Nachlaßpfleger tätig gewesenen RA. sind aus dem Gesichtspunkte der Erstattung von Auslagen nicht erstattungsfähig, dagegen können bei Festsetzung der Vergütung (§ 1836) besondere Leistungen des Pflegers, insbes. soweit sie durch seine besonderen Einrichtungen erst ermöglicht worden sind, unter besonderen Umständen entsprechend gewürdigt und bewertet werden (Besprechung von RJA. 13, 203 (KG.) und eines KGUrt. v. 5. 5. 14).

§ 1836.

1. Hamburg 22. 8. 17, OLG. 35, 348. Auch den RA. trifft grundsätzlich die Staatsbürgerpflicht zur unentgeltlichen Übernahme von Vormundschaften und Pflegschaften.

2. KG. 23. 2. 17, R. 17 Nr. 842. Als Vermögen des Mündels im Sinne des § 1836 Abs. 1 Satz 3 rechnen nicht die Einkünfte des Mündels aus einem Beamtenruhegehalt, da sie Arbeitseinkommen sind (vgl. KGJ. 43 B 353), wohl aber der Rückkaufswert einer laufenden Lebensversicherung, wenn der Vormund, z. B. durch Entrichtung der Prämien, die Verwaltung geführt hat.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837.

I. Rechtshilfe

1. zur Vernehmung Dritter über die exceptio plurium.

a) Braunschweig 4. 7. 16, OLG. 35, 382. Ist es (vgl. **RG.** 67, 218) dem VormG. gestattet, zur Regelung des Unterhaltsanspruchs eines unehelichen Kindes dessen angeblichen Erzeuger vorzuladen und über Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltspflicht zu Protokoll zu vernehmen, so ist es ihm ebensowenig verwehrt, die für die Durchführung des Unterhaltsanspruchs wichtige Frage der mehreren Zuhälter durch Zeugenvernehmung zu klären.

b) RG. 16. 11. 16, LeipzZ. 17, 333, R. 17 Nr. 1309, WarnE. 17, 42 (hier 17. 10. 16). Es fällt in die Aufgabe des VormG., auf das Zustandekommen eines gütlichen Übereinkommens hinzuwirken, wonach der Vater eines unehelichen Kindes eine Erklärung in öffentl. Urkunde über die Anerkennung der Vaterschaft und die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht abgibt. Aber daraus kann nicht mit dem OLG. Braunschweig v. 4. 7. 16 (vorstehend zu a) gefolgert werden, daß in einem Falle, wo der als Vater in Anspruch Genommene seine Vaterschaft bestritten und das Eingehen auf ein gütliches Übereinkommen abgelehnt hat, die Sache also nur noch mit einer Klage des Vormundes weiter verfolgt werden kann, es nun Aufgabe des VormG. wäre, im voraus die für den Streit dienlichen Beweise zu erheben, damit es dem Vormunde die geeigneten Weisungen erteilen könne.

2. zur Feststellung der angeblichen Unehelichkeit eines ehelichen Kindes.

KG. 24. 5. 17, R. 17 Nr. 1885. Die Vernehmung des angeblichen Erzeugers eines Kindes, das während der Ehe geboren ist, ohne daß der Ehemann der Mutter die Ehelichkeit angefochten hat, fällt nicht in den Bereich der sachlichen Zuständigkeit des VormG. Ein darauf gerichtetes Rechtshilfeersuchen kann daher abgelehnt werden.

3. zur Entlastung des Vormundes (Rechtshilfefragen 3 zu § 159 GVG.).

4. Thiesing, DJZ. 17, 709 bejaht, im Gegensatze zu dem Verwaltungschef bei dem Generalgouverneur in Belgien, die Möglichkeit, im Wege des Rechtshilfeersuchens für eine Vormundschaft deutschen Rechts einen Vormund in Belgien zu verpflichten.

II. Grenzen der Aufsicht des VormG.

BayObLG. 26. 1. 17, E. 18, 12, DJZ. 17, 688, R. 17 Nr. 645. Soweit nicht einer der Fälle der §§ 1821, 1822 vorliegt, entscheidet in Fragen der Vermögensverwaltung der Vormund (Pfleger) allein. Das VormG. hat, abgesehen von § 1886, keine Entscheidung zu treffen. Eine Rechtspflicht, den Verkehr eines Gläubigers mit dem Vormunde zu vermitteln, besteht für das VormG. nicht.

III. BayObLG. 10. 11. 16, JDR. 15 Ziff. II zu § 1837, auch E. 17, 231.

§ 1839.

KG. 9. 3. 17, R. 17 Nr. 843. Zur Auskunftserteilung nach § 1839 kann unter Umständen auch die Einreichung von Bescheinigungen gehören, aus denen erhellt, daß der Vormund ein Geschäft in der von ihm angegebenen Weise besorgt hat, nicht aber kann ihm die Beschaffung solcher Bescheinigungen aufgegeben werden, wenn er auf deren Erteilung nicht einen Rechtsanspruch hat.

§ 1846.

KG. 12. 5. 16, RJA. 15, 99. Ob die Voraussetzungen des § 1846 vorliegen, hat das VormG. nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden. Aus der Einberufung des Vormundes zum Heeresdienste kann gefolgert werden, daß er an der Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich verhindert ist. Hiernach kann für die Bestellung eines Pflegers (§ 1909) an Stelle des Vormundes ein dringlicher Fall vorliegen, wenn es sich darum handelt, gegen den im Felde stehenden Vater eines unehelichen Kindes vorzugehen. Die Kriegsteilnahme des Vaters bildet kein Hindernis, ihm die Klage zuzustellen (PrJMBl. 14, 746 zu e). Ob die Bestellung eines Kriegsvertreters für den Vater nach der Bek. v. 14. 1. 15 (RGBl. 17) vorzunehmen oder abzulehnen sei, hat lediglich das ProzeßG. nach Erhebung der Klage zu entscheiden.

§ 1848.

1. Dresden 22. 5. 17, OLG. 35, 349 verneint im gegebenen Falle eine Schadensersatzpflicht des Vormundschaftsrichters, welcher verspätet dem Mündel einen Pfleger zur Entgegennahme einer Kündigung des Vormundes bestellt hatte.

2. Braunschweig 13. 4. 17, OLG. 35, 355 bejaht die Haftung des braunschw. Staates für ein Versehen des braunschw. Vormundschaftsrichters, der einem als unzuverlässig

bekannten Vormunde die Ermächtigung zur Abhebung demnächst unterschlagener Wertpapiere erteilt hatte, obwohl das preuß. VormG., an das später die Vormundschaft abgegeben wurde, sich mit dieser Maßregel einverstanden erklärt hatte.

3. **RG.** 15. 5 17, R. 17 Nr. 1654, 1655, WarnE. 17, 274. Ist der Mündel bei Dritten unentgeltlich untergebracht, so muß das VormG. von der Vormünderin den Nachweis der gesetzmäßig bewirkten Anlegung der Zinsen erfordern und handelt pflichtwidrig, wenn es dies unterlassen hat.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

§ 1850.

BayObLG. 16. 2. 17, E. 18, 23, BayNotZ. 17, 270, BayRpflZ. 17, 291, LeipzZ. 17, 683. Wenn auch der Gemeindewaisenrat Hilfsorgan des VormG. ist, so ist er ihm doch nicht untergeordnet, ist ihm vielmehr innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit gleichgestellt. Er muß deshalb auch in allen die Person des Mündels betreffenden Angelegenheiten als beschwerdeberechtigt anerkannt werden.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1886.

1. BayObLG. 16. 3. 17; 18 41, OLG. 35, 353, R. 17 Nr. 1087. Eine Pflichtwidrigkeit liegt nicht vor, wenn das Verhalten des Vormundes (Pflegers) nicht gegen den Mündel gerichtet ist, sondern seine Wurzel in einer übertriebenen Gewissenhaftigkeit hat. Außerdem setzt pflichtwidriges Verhalten eine schuldhafte Verletzung der einem Vormund obliegenden Pflichten voraus. Vgl. auch unten Ziff. III zu § 1909.

2. BayObLG. 2. 6. 17, BayRpflZ. 17, 225. Bevor die Entlassung eines Vormundes in Frage kommen kann, ist zu prüfen, ob es nicht genügt, dem Vormunde in der Angelegenheit, wegen deren ein erheblicher Gegensatz zwischen seiner Ansicht und dem Wohle des Mündels (z. B. hinsichtlich der Ehelichkeitserklärung des Mündels) besteht, dessen Vertretung nach § 1796 zu entziehen und insoweit einen Pfleger zu bestellen.

3. BayObLG. 13. 4. 17, E. 18 53, R. 17 Nr. 1286. Ein ausreichender Grund zur Entlassung des Vormundes liegt nicht schon darin, daß er sich gegen die Bestellung eines Mitvormundes sträubt, einen RA. zuzieht, gegen die Zeichnung von Kriegsanleihe Bedenken äußert und in das Geschäft des Mündels eintreten will.

4. BayObLG. 13. 4. 17, R. 17 Nr. 2027. Zur Entlassung eines Vormundes liegt kein ausreichender Grund vor, wenn zwischen ihm und der Mündelmutter ein gespanntes Verhältnis besteht und diese Spannung voraussichtlich auch gegenüber jedem neuen Vormund eintreten würde.

5. BayObLG. 19. 10. 17, R. 17 Nr. 2028. Zur Entlassung des vorläufigen Vormundes eines Entmündigten kann ausreichende Veranlassung vorliegen, wenn der Mündel infolge seiner Geistesstörung gegen den Vormund aufgebracht ist und dies seinen Gesundheitszustand schädlich beeinflussen kann.

6. Vgl. auch unten zu § 1915.

§§ 1893, 1895.

Josef, ZBlFG. 17, 287, 293 im Anschluß an Schultheis, ZBlFG. 15, 160, FDR. 13 zu §§ 1893, 1895. Ist die Vormundschaft, z. B. durch den Tod des Mündels, beendigt, und hat nach diesem Zeitpunkte der Vormundschaftsrichter zu einer Rechtshandlung des Vormundes die Genehmigung erteilt, so ist diese Verfügung rechtswirksam, auch wenn der Richter vom Tode des Mündels Kenntnis hatte oder bei Anordnung der Vormundschaft der Mündel nicht mehr am Leben war. Die §§ 1893, 1895 geben dem Grundsatz Ausdruck, die Beendigung der Vormundschaft solle nicht in der Art zwingende Wirkung haben, daß hiermit jede Amtshandlung des VormG. unwirksam würde, und dem § 32 FGG. liegt der Rechtsgedanke zugrunde, daß eine Verfügung des in § 32 bezeichneten Inhalts allgemein und nach allen Richtungen als rechtserzeugend wirken soll.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§§ 1897, 1901.

KG. 1. 9. 16, OLG. 34 269. Zur Aufgabe des einem Volljährigen bestellten Vormundes gehört es zutreffendenfalls auch, die Unterbringung des Mündels in einer Irrenanstalt zu veranlassen. Einer besonderen gerichtlichen Ermächtigung bedarf es hierzu nicht.

§ 1906.

1. BayObLG. 29. 12. 16, E. 17 B 165, BayRpflZ. 17, 124, R. 17 Nr. 236. Die nach Beendigung der Altersvormundschaft eingeleitete vorläufige Vormundschaft ist keine Fortsetzung der ersteren, sondern eine neue, auf anderen Grundlagen ruhende Vormundschaft. Von einer „Umwandlung" oder „Überleitung" der Altersvormundschaft in eine vorl. Vormundschaft kann nicht gesprochen werden. Wegen der Gebührenberechnung liegen daher zwei selbständige Vormundschaften vor.

2. Vgl. auch Ziff. 5 zu § 1886.

Dritter Titel. Pflegschaft.

§ 1909.

I. Voraussetzung der Bestellung eines Pflegers.

1. KG. 28. 9. 17, OLG. 35, 351. Ein Pfleger ist schon dann zu bestellen, wenn die zu besorgende Angelegenheit auch nur so beschaffen ist, daß wegen des zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde bestehenden Interessengegensatzes für eine anderweite Vertretung des Kindes zu sorgen ist.

2. Josef, BoschersZ. 17, 241. Die Anordnung einer Pflegschaft ist abzulehnen, wenn offensichtlich der durch den Pfleger zu verfolgende Anspruch nicht besteht. Im übrigen hat das VormG. vor Anordnung der Pflegschaft nur zu prüfen, ob überhaupt eine Angelegenheit vorliegt, die für das Kind zu besorgen ist (vgl. auch II 1e zu § 7 FGG.).

II. Unzulässige Vigilanzpflegschaft.

KG. 25. 6. 15, KGBl. 17, 70. Die Bestellung eines Pflegers nach § 1909 soll nur für den konkreten Bedürfnisfall erfolgen. Die Möglichkeit einer Kollision zwischen den Aufgaben, die jemand in seiner Eigenschaft als Vormund und Testamentsvollstrecker zu erfüllen hat, rechtfertigt die Bestellung eines Pflegers nicht, insbes. würde die Bestellung einer Aufsichtsperson zur Überwachung des Vormundes und Testamentsvollstreckers sich als unzulässige Vigilanzpflegschaft darstellen.

III. Umfang der Befugnisse.

BayObLG. 16. 3. 17; 18, 41, OLG. 35, 353, R. 17 Nr. 1088. Die Befugnis eines zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen bestellten Pflegers erschöpft sich mit der Empfangnahme und Quittierung der Renten; deren Verwendung steht dem zur Verwaltung berechtigten Elternteil zu. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1886.

IV. BayObLG. 26. 1. 17, R. 17 Nr. 715. Ist ein RA. zum Pfleger bestellt, so tritt sein gemäß § 25 RAO. für die anwaltschaftl. Berufsgeschäfte bestellter Vertreter auch bei der Erledigung einzelner Pflegschaftsgeschäfte nicht an seine Stelle.

V. BayObLG. 16. 2. 17, E. 18, 27, OLG. 34, 241 (Folge der Nichtbeachtung des § 1779 Abs. 1, 2) s. oben zu § 1779.

§ 1910.

Kuratel nach § 62 RBeamtenG. (Vgl. auch unten zu § 38 FGG.)

1. a) Colmar 8. 9. 16, JDR. 15 Ziff. 2 zu § 1910, auch DJZ. 17, 443.

b) Im wesentlichen zustimmend Josef, ElsLothJZ. 17, 295.

c) Colmar 15. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 33. Die Kuratel des § 62 RBeamtenG. unterscheidet sich nicht nur dem Namen nach von der Pflegschaft des § 1910. Sie gehört

dem öffentl. Recht an, kann nicht allein von dem VormG., sondern auch von der Verwaltungsbehörde selbst eingeleitet werden. Ihr Zweck ist, die Auseinandersetzung des Staates mit dem nicht dienstfähigen Beamten zu ermöglichen. Ob dieser Zweck die Bestellung eines Kurators erfordert, unterliegt der alleinigen Beurteilung der Verwaltungsbehörde, und das Gericht ist nicht befugt, in einem Falle, in dem die Bestellung eines Kurators unterblieben ist, zu untersuchen, ob Anlaß hierzu gewesen wäre, und nicht berechtigt, einem Verfahren, welches ohne Zuziehung eines Kurators zu Ende geführt worden ist, die Wirksamkeit zu versagen (RJA. 6. 2; KGJ. 37 A 73).

2. AM. LG. Gießen 24. 1. 17, HessRspr. 17, 315 wegen der Bestellung eines Pflegers nach dem hessischen AusfG.

§ 1911.

1. BayObLG. 27. 1. 17, E. 18, 161, DJZ. 17, 528, OLG. 34, 239, R. 17 Nr. 217, 218, 421. Die Bestellung eines Abwesenheitspflegers für einen Kriegsteilnehmer zum Zwecke der gütlichen Erledigung einer Forderung widerspricht dem KrTSchG. nicht. Auch durch die Möglichkeit einer erleichterten Todeserklärung wird die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft nicht ausgeschlossen.

2. a) Herwig, JW. 17, 211 hält die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft für eine bei der Truppe befindliche Militärperson für unzulässig, weil der Truppenteil nach Division und Regiment in der Regel bekannt sei und daher die Voraussetzung des § 1911 nicht vorliege.

b) Dagegen v. Harder, JW. 17, 347 für den Fall, daß der Kriegsteilnehmer selbst nicht genügend für die Vertretung seiner Interessen gesorgt hat oder sorgen kann, wenn es sich z. B. um die Wahrung einer Frist handelt, die abzulaufen droht.

c) Ähnlich Tauber a. a. O. für den Fall, daß die Militärperson Gesellschafter einer GmbH. ist und sich weder durch einen anderen Gesellschafter noch durch eine dritte Person vertreten lassen kann. Die BRVO. v. 8. 10. 1914 (RGBl. 428) macht die Bestellung eines Abwesenheitspflegers nicht überflüssig, sondern kommt erst in Frage, wenn die Bestellung eines Abwesenheitspflegers nicht möglich sein würde. Hierzu d) Herwig, JW. 17, 651.

e) LG. Straßburg 15. 10. 17, ElsLothNotZ. 17, 278. Wenn einer im feindl. Auslande sich aufhaltenden Person an einem inländ. Nachlaß ein Erbteil angefallen und ungewiß ist, ob sie hiervon Kenntnis erhalten hat, ist, wenn nötig, ein Nachlaßpfleger, nicht aber ein Abwesenheitspfleger für sie zu bestellen.

3. BayObLG. 29. 8. 17, R. 17 Nr. 1836. Regt das Nachlaßgericht die Bestellung eines Abwesenheitspflegers an, so hat das VormG. die Berechtigung der Nachlaßansprüche nicht nachzuprüfen, wohl aber, ob ein Anspruch der Fürsorge i. S. des § 1911 bedarf.

4. KG. 8. 6. 16, KGJ. 49, 48. Der für den überlebenden märkischen Ehegatten bestellte Abwesenheitspfleger bedarf sowohl zur Wahl der Rücknahme des eigenen Vermögens des Pflegebefohlenen als auch zur Wahl der statutarischen Portion der Genehmigung des VormG. Die Rücknahmeerklärung ist mit dem in § 1822 Nr. 2 geregelten Erbteilungsvertrag auf eine Stufe zu stellen (§ 1822 Nr. 2), die Wahl der statut. Portion aber steht der dingl. Verfügung über ein Vermögen als Ganzes gleich (§ 1822 Nr. 1).

5. Dresden 27. 3. 15, JDR. 14 Ziff. III 2 (Pflegschaft für einen Ausländer auf Ersuchen des Vorsitzenden eines Rentenausschusses der Angestelltenversicherung), auch RJA. 14, 250, KGJ. 49, 248. Im übrigen s. wegen der Pflegschaft über Ausländer noch unten Ziff. II zu Art. 23 EGBGB.

§ 1913.

1. Karlsruhe 3. 5. 15, KGJ. 49, 282, RJA. 14, 304. Ist ein Grundstück infolge des in das Grundbuch eingetragenen Verzichts des Eigentümers auf sein Eigentumsrecht herrenlos geworden, so kann nicht ein „für das herrenlose Grundstück" bestellter

Pfleger die Eintragung einer Änderung bei einer das Grundstück belastenden Hypothek beantragen.

2. KG. 15. 6. 17, OLG. 35, 13, R. 17 Nr. 1435. Hat ein Grundstückseigentümer gemäß § 928 sein Eigentum an dem Grundstück aufgegeben, ohne daß ein Aneignungsberechtigter oder Ersteher anderweit das Eigentum erworben hat, so ist die Veranlagung zu den das Grundstück betreffenden Gemeindeabgaben, insbes. die Entgegennahme und Prüfung des Veranlagungsbescheids keine Angelegenheit, die den Gegenstand einer dem künftigen Eigentümer, etwa durch Bestellung eines Pflegers nach § 1913 zu gewährenden Fürsorge bilden könnte (vgl. Karlsruhe, RJA. 14, 304, oben zu 1).

3. KG. 22. 9. 16, KGJ. 49, 41. Hat ein Grundstückseigentümer gemäß § 928 sein Eigentum an dem Grundstück aufgegeben und ist dem unbekannten Beteiligten auf Grund des § 1913 ein Pfleger bestellt worden, so kann ein Hypothekengläubiger des Grundstücks die Bestellung und die Festsetzung einer Vergütung des Pflegers nicht deshalb mit der Beschwerde anfechten, weil bei der ZwVerst. des Grundstücks die Vergütung des Pflegers im Range vor der Hypothek in das geringste Gebot und in den Teilungsplan aufgenommen worden sei.

4. KG. 27. 10. 16, OLG. 34, 298. Ist zur Verwaltung eines Nachlasses ein Testamentsvollstrecker ernannt, so bedarf es zur Wahrnehmung der den unbekannten Nacherben zustehenden Rechte der Bestellung eines Pflegers nur beim Vorliegen eines besonderen Fürsorgebedürfnisses. Der Vollstrecker ist in seiner Verfügungsfreiheit sowie in der Eingehung von Verbindlichkeiten im Rahmen der §§ 2205, 2206 in keiner Weise durch die Berufung von Nacherben beschränkt. Die §§ 2131 ff. finden auf das Verhältnis zwischen diesen und dem Vollstrecker keine Anwendung.

§ 1915.

BayObLG. 16. 3. 17, R. 17 Nr. 1089. Mißhelligkeiten zwischen dem zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Pflegebefohlenen bestellten Pfleger und der Mutter geben regelmäßig keinen Anlaß zur Entlassung des Pflegers. Vgl. Ziff. 1 zu § 1886.

§ 1919.

KG. 2. 6. 16, RJA. 15, 101. Ist eine Pflegschaft nach § 1919 aufgehoben, so tritt sie nicht schon dadurch wieder in Kraft, daß das BeschwerdeG. die Aufhebungsverfügung des AG. aufhebt, vielmehr bedarf es einer erneuten Verpflichtung des aus dem Amte geschiedenen Pflegers.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1936.

1. Schöler, DJZ. 17, 648 spricht sich gegen das von Heim, DJZ. 16, 296, JDR. 15 Ziff. 1a empfohlene Pflichtteilsrecht des Staates aus, da staatsrechtlich und rein juristisch dem Staate nicht ein Erbrecht, sondern nur ein Aneignungsrecht zustehe. Gegen Heim auch Schierlinger, DJZ. 16, 648.

2. Bamberger, Erbrecht des Reiches und Erbschaftssteuer, Leipzig 1917.

§ 1939.

RG. 14. 12. 16, LeipzZ. 17, 474. Ein testamentum mysticum liegt nicht vor, wenn der in der Testamentsurkunde nur dunkel erklärte Wille des Erblassers durch Auslegung ergänzt und klargestellt werden kann. Dazu dürfen auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände verwertet werden. Die bloße Bezugnahme im Testament auf eine ohne Testamentsform errichtete Urkunde, in der die zugewendeten Sachen einzeln aufgezählt sind, ist unwirksam.

§§ 1939, 1940, 2194.

RG. 26. 3. 17, LeipzZ. 17, 1075, R. 17 Nr. 1656, WarnE. 17, 227. Begrifflich ist es nicht ausgeschlossen, daß der Errichter einer unselbständigen Stiftung seinen Erben oder einen Vermächtnisnehmer zwar im allgemeinen verpflichtet, mit dem ihm Zugewendeten den Bestimmungen des Testaments gemäß zu verfahren, ohne anderen ein Recht einzuräumen, daß er aber trotzdem einzelnen Personen oder einzelnen Personenklassen im Wege des Vermächtnisses zugleich ein Recht auf gewisse Leistungen zuwendet. Ob dies der Fall sei, ist durch Auslegung der Stiftungsurkunde zu ermitteln. Die Anwendbarkeit des § 2194 versagt, wenn es feststellbar nicht im Willen des Erblassers gelegen hat, den Begünstigten einen im Rechtswege verfolgbaren Anspruch auf Unterstützung zu gewähren, wenn vielmehr die Berücksichtigung eines bestimmten Personenkreises dem nur einer Nachprüfung im Aufsichtsweg unterworfenen freien Ermessen des Kuratoriums hat anheimgestellt sein sollen.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

§ 1944.

a) Hamm 5. 12. 16, JW. 17, 669. Die für den Fristbeginn der Erbschaftsausschlagung wesentliche Kenntnis von dem Tode des Erblassers muß eine sichere und überzeugende sein. Allerdings kann der Erbe, der von der standesamtlichen Eintragung des Todes Kenntnis hat, den Tod selbst nicht mehr bestreiten; durch frühere Mitteilungen, selbst wenn sie von einer amtlichen Stelle ausgehen, z. B. durch die durch Zeugenaussagen nicht unmittelbar bestätigte Mitteilung, daß der Erblasser bei einem Sturmangriffe gefallen sei, braucht der Erbe nicht notwendig die Überzeugung von dem Tode des Erblassers erlangt zu haben. b) Ebenso Rostock 29. 1. 17, MecklZ. 35, 274, OLG. 35, 16.

§§ 1944, 1945.

I. Ausschlagungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht.

1. BayObLG. 1. 6. 17, BayObLG. 18, 103, BayRpflZ. 17, 259, LeipzZ. 17, 1091, NaumbAK. 17, 42 (hier 1./5. 17), R. 17 Nr. 1437. Die Ausschlagung der Erbschaft kann gegenüber dem vom NachlaßG. ersuchten Gerichte mit sofortiger Rechtswirksamkeit erklärt werden, wenn das Ersuchen auch auf die Herbeiführung einer solchen Erklärung durch den Erben gerichtet ist. (Ebenso RGRKomment., aM. Planck, Staudinger).

2. Rostock 29. 1. 17, MecklZ. 35, 274, OLG. 35, 16 nimmt im Anschluß an **RG.** 71, 380, JDR. 8 Ziff. 2a zu § 1945 an, daß die gegenüber einem unzuständigen Gericht abgegebene Ausschlagungserklärung wirksam ist, wenn dieses als NachlaßG. die Erklärung entgegengenommen hat.

II. Erklärung der Ausschlagung.

Dresden 19. 10. 16, OLG. 35, 178, SächsOLG. 38, 251. Zur Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung genügt es, daß aus ihr der Wille, die Erbschaft nicht anzunehmen, hervorgeht; auf den Ausdruck („anfechten" statt „ausschlagen") kommt es nicht an, ebensowenig auf den Bewegungsgrund (Verletzung im Pflichtteil). In der Rüge, daß der Pflichtteil verletzt sei, in Verbindung mit der vorausgegangenen Zurückweisung der im Testamente getroffenen Verfügung kann die Ausschlagung der Erbschaft gefunden werden.

III. KG. 28. 6. 17, JW. 17, 862. Der Zwangsverwalter feindlichen Vermögens (BRVO. v. 22. 12. 14 urd 10. 2. 16) ist nicht befugt, in Ansehung des in Deutschland befindlichen Vermögens eines Ausländers die diesem angefallene Erbschaft auszuschlagen. Zur Beglaubigung der Ausschlagungserklärung genügt die durch diejenige Amtsstelle, welche an Stelle eines deutschen Konsuls oder Gesandten den Schutz deutscher Interessen übernommen hat (GruchotsBeitr. 59, 238).

§ 1948.

Mantey, DNotV. 17, 393 billigt, im Gegensatze zu Josef, SächsRpflA. 17, 128, den Beschluß KGJ. 48 A 23, JDR. 15 zu § 1948, wonach einer Mutter das Recht zugestanden ist, eine ihrem Kinde zugefallene Erbschaft, obwohl ihr daran die Verwaltung nicht zustand, auszuschlagen. Das von Weißler, DNotV. 17, 269 als unbefriedigend bezeichnete Ergebnis hätte sich nach der Ansicht des Verf. vermeiden lassen, wenn in der Angelegenheit der Erbschaftsausschlagung gemäß §§ 1630 Abs. 2 Satz 2, 1686, 1796 der Mutter die Vertretung des Kindes entzogen worden wäre.

§§ 1960, 1961.

1. Colmar 20. 12. 16, ElsLothJZ. 17, 130, ElsLothNotZ. 17, 66, SeuffA. 72, 158. Ungewißheit über die Annahme der Erbschaft besteht auch dann, wenn die gesetzlichen Erben, weil sie nicht wissen, ob der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen hinterlassen habe, erklären, daß sie die Erbschaft weder annehmen noch ausschlagen. In diesem Falle ist daher auf Antrag eines Gläubigers ein Nachlaßpfleger zu bestellen.

2. a) Dresden 15. 12. 16, ZBlFG. 17, 386. Bloßer Zweifel an der Gültigkeit eines Testaments berechtigt das Nachlaßgericht nicht, eine Nachlaßpflegschaft wegen Unbekanntschaft des Erben anzuordnen. Ebensowenig genügt

b) Braunschweig 15. 12. 16, BraunschwZ. 17, 67 die bloße Möglichkeit der Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit eines Testamentes, das einen Erben einsetzt.

3. **RG.** 20. 9. 17, R. 17 Nr. 1837. Eine wegen Unbekanntheit des Erben eingeleitete Nachlaßpflegschaft ist nicht schon dann aufzuheben, wenn ermittelt ist, wer als gesetzl. Erbe in Betracht kommt, sondern erst, wenn festzustellen ist, ob der Ermittelte wirklich Erbe geworden ist.

4. KG. 22. 4. 15, OLG. 35, 349. Die Zubilligung einer Vergütung des Nachlaßpflegers wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Pflegschaft, weil die Voraussetzungen ihres Bestehens längst fortgefallen seien, bereits vor Jahren hätte aufgehoben werden sollen.

5. R., BoschersZ. 17, 275. Eignet sich ein Miterbe Nachlaßgegenstände an und versucht er, mit ihnen zu entkommen, so kann genügende Hilfe zugunsten des Miterben nur ein Einschreiten der Polizei bringen.

§ 1964.

Dresden 30. 9. 16, SächsOLG. 38, 37, ZBlFG. 17, 358. Maßgebend für die Staatsangehörigkeit einer ledigen weibl. Person ist an erster Stelle die Abstammung, wobei regelmäßig anzunehmen sein wird, daß sie demjenigen Staate angehört, in dem ihr Vorfahr seinen Wohnsitz hatte. Eine Feststellung des Erbrechts des Reichsfiskus auf Grund analoger Anwendung des § 1936 Abs. 2 ist damit ausgeschlossen.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967.

Schrifttum: Hallbauer, Die Besitzsteuer als Nachlaßschuld, DJZ. 17, 640. Derselbe, Die Kriegssteuer als Nachlaßschuld, SächsRpflA. 17, 336.

1. **RG** 26. 3. 17, R. 17 Nr. 1438. Für die Frage, ob eine in Verwaltung des Nachlasses eingegangene Verbindlichkeit als eine Nachlaßverbindlichkeit anzusehen ist, kommt in erster Linie die mit dem Gläubiger getroffene Vereinbarung in Betracht. Diese kann dahin gehen, daß lediglich eine persönliche Verpflichtung des handelnden Erben, insbes. des Vorerben, begründet werden soll. Vgl. auch zu § 2383.

2. **RG.** 26. 3. 17; 90, 91. Für die Frage, inwieweit zu den den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten Schulden aus Rechtshandlungen des Erben in Verwaltung des Nachlasses zu rechnen sind, ist maßgebend, ob die Verbindlichkeit vom Stand-

punkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist, dagegen kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Verbindlichkeit ausdrücklich für den Nachlaß übernommen ist, oder die Beziehung zum Nachlasse dem Geschäftsgegner erkennbar gemacht ist (**RG.** 62, 38; R. 17 Nr. 70). In gleichem Sinne ist der Begriff der Nachlaßverbindlichkeit bei der Nacherbfolge zu verstehen.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§§ 1975ff.

Kretzschmar, SächsRpflA. 17, 233 verneint die Verpflichtung des noch beschränkbar haftenden Erben, den Offenbarungseid nach § 807 ZPO. zu leisten.

§ 1975.

1. **RG.** 12. 1. 17, R. 17 Nr. 420, 422. Ist ein Gesellschafter aus einer o. HG. ausgeschieden und diese trotz seines Ausscheidens mit unveränderter Firma bestehen geblieben, während der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters den in der Ges. verbliebenen Gesellschaftern zuwuchs, so bedarf der hierüber abgeschlossene Vertrag nicht der Genehmigung des Nachlaßgerichts, wenn für den Nachlaß eines verstorbenen Gesellschafters ein Nachlaßverwalter beteiligt ist. Der Nachlaßverwalter kann den Vertrag durch Erklärung gegenüber den Gesellschaftern nachträglich genehmigen.

2. **RG.** 5. 10. 15, WarnE. 17, 37. Wie der Nachlaßpfleger haftet auch der Nachlaßverwalter nach § 32 RErbschStG. persönlich für die Erbschaftssteuer, wenn er die Erbschaft vor der Berichtigung oder Sicherstellung der darauf entfallenden Abgabe ausantwortet, und die Beitreibung von dem Steuerpflichtigen nicht erfolgen kann.

§ 1981.

LG. Altona 16. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 164. Eine einmal angeordnete Nachlaßverwaltung ist bis zur Erledigung ihrer Aufgabe, von den in § 1981 angeführten Ausnahmefällen abgesehen, durchzuführen.

§ 1984.

KG. 16. 11. 16, KGJ. 49, 84. Während der Dauer der Nachlaßverwaltung ist die gerichtl. Vermittlung der Auseinandersetzung unter den Erben (§§ 86ff. FGG.) ausgeschlossen.

§ 1985.

1. KG. 9. 1. 17, KGBl. 17, 22, OLG. 34, 274. Die Kosten der von dem Nachlaßverwalter geführten Prozesse tragen die Erben nicht weiter, als die Verwaltungsbefugnis des Nachlaßverwalters geht, also nur in den Grenzen und nach Kräften des Nachlasses.

2. Hamm 15. 5. 17, OLG. 35, 18, SeuffA. 72, 268. Solange der Nachlaßkonkurs nicht eröffnet ist, ist es ausgeschlossen, Rechtssätze, die gerade nur dem Konkurs eigentümlich sind, auf die Nachlaßverwaltung zu übertragen. Es entfällt somit für die Nachlaßverwaltung der Grund, aus dem für den Nachlaßkonkurs das Zurückbehaltungsrecht versagt. Daher ist das Zurückbehaltungsrecht (§ 273) gegenüber dem Nachlaßverwalter vollwirksam. Daß das Nachlaßaufgebot beantragt ist (§§ 2015, 1980, 1985 Abs. 2), steht der Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen, insbes. entbehrt die Forderung nicht der Fälligkeit. Der Anspruch bleibt „fällig", wenn auch der Nachlaßverwalter kraft Einrede die Befriedigung vorläufig verweigern darf.

§ 1987.

BayObLG. 23. 3. 17, E. 18, 46, R. 17 Nr. 1090. Es geht nicht an, einen Grund für die Herabsetzung der Vergütung des Nachlaßverwalters aus dessen Gewandtheit in seiner Eigenschaft als eines amtsgerichtl. RA. herzuleiten.

§ 1990.

1. Dresden 13. 7. 16, OLG. 35, 374 Anm. 1, SächsOLG. 38, 139. Die Haftung des Erben im Falle des § 1990 erstreckt sich auch auf Gegenstände, die der Erbe mit Mitteln der Erbschaft erworben hat.

2. Breslau 23. 2. 16, OLG. 34, 275. Wird im Prozesse erwiesen, daß der Nachlaß völlig erschöpft ist, der Erbe also nichts mehr zu leisten hat, so steht schon jetzt das Recht des Erben zur vollständigen Leistungsverweigerung fest (OLG. 24, 67), und die gegen ihn auf Leistung gerichtete Klage ist abzuweisen.

3. Dresden 20. 11. 16, SeuffA. 72, 128. Da für die Fälle des § 1990 hinsichtlich der Aufrechnung eine dem § 1977 entsprechende Vorschrift fehlt, sind bei ihnen die allgemeinen Grundsätze der §§ 387ff. maßgebend. Steht einer Forderung die Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses (§ 1990) entgegen, so ist die Aufrechnung unzulässig (§ 390). Vgl. auch zu § 2005.

4. Dresden 9. 12. 16, LeipzZ. 17, 618, OLG. 35, 373, SächsOLG. 38, 213. Der Nachlaßpfleger, der nach § 1990 verpflichtet ist, einem Nachlaßgläubiger den Nachlaß zu seiner Befriedigung im Wege der ZwVollstr. herauszugeben, darf die Herausgabe soweit verweigern, als der Nachlaß zur Befriedigung seiner vom VormG. festgesetzten Vergütung, seiner Gebühren und Auslagen in Anspruch zu nehmen ist (vgl. **RG.** 82, 278).

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§§ 1994ff.

1. Dresden 21. 9. 16, OLG. 34, 276. Eine im Rechtsweg erzwingbare Verpflichtung zur Inventarerrichtung nach §§ 1994ff., besonders also zur Stellung des im § 2003 Abs. 1 vorgesehenen Antrags ist weder ausdrücklich angeordnet, noch sonst aus den Vorschriften über die Inventarerrichtung zu entnehmen. Dies hat sowohl im Verhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern wie in dem zu Miterben zu gelten.

2. KG. 2. 8. 17, OLG. 35, 360, R. 17 Nr. 2030. Wird der Antrag, eine Inventarfrist zu bestimmen, auf eine zu dem Nachlasse gehörige Forderung gestützt, so können nur sämtliche Berechtigten (z. B. Pflichtteilsgläubiger) gemeinschaftlich den Antrag wirksam stellen.

§ 1994.

BayObLG. 20. 8. 17, BayObLG. 18, 171, R. 17 Nr. 2029. Der Gläubiger ist zur Glaubhaftmachung seiner Forderung nicht auf die Beibringung urkundlicher Nachweise oder im Bestreitungsfalle auf die Vorlegung eines rechtskräftigen Urteils beschränkt.

§ 2003.

Karlsruhe 14. 3. 17, OLG. 35, 361. Die Vermächtnisnehmer haben, weil sie lediglich Nachlaßgläubiger sind, kein Recht auf Aufnahme oder Ergänzung eines dem § 2003 entsprechenden Nachlaßverzeichnisses.

§ 2005.

Dresden 20. 11. 16, SeuffA. 72, 128. Einem ohne Bestimmung einer Inventarfrist auf Antrag der Erben aufgenommenen und von ihnen nicht unterschriebenen Inventar kommen die an die Inventarerrichtung geknüpften Wirkungen nicht zu, insbes. findet § 2005 darauf keine Anwendung.

§ 2006.

BayObLG. 28. 5. 15, BayObLG. 16, 98, SeuffA. 72, 24. In dem auf Antrag eines Nachlaßgläubigers eingeleiteten Offenbarungseid-Verfahren hat das NachlaßG. über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Verfahrens zu entscheiden.

V. Aufschiebende Einreden.

§§ 2014, 2015.

KG. 23. 10. 16, KGBl. 17, 3. Wie sich aus §§ 305, 782 ZPO. ergibt, haben die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht die Bedeutung eines materiellen Einwandes gegen die Zahlungsverpflichtung des Erben oder des Nachlaßpflegers, sondern nur die eines prozessualen Rechtsbehelfes gegen die ZwVollstr. Das Recht des Nachlaßpflegers, die Berichtigung einer Nachlaßschuld bis zum Ablaufe von drei Monaten seit seiner Bestellung zu verweigern, hindert nicht, daß er während dieser Zeit mit der Bezahlung der fälligen Schuld in Verzug kommt, daß er deshalb verklagt und verurteilt werden kann, und daß er auch die Folgen seines Verzugs insofern zu tragen hat, als ihm selbst, wenn er seine Schuld anerkennt, die Kosten des Rechtsstreits zur Last fallen.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2021.

Kiel 11. 1. 17, LeipzZ. 17, 888. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer kann gegenüber einem Erbschaftsanspruche nicht geltend machen, er habe einen Teil der Erbschaft zur Bestreitung der Kosten eines Vorprozesses aufwenden müssen, in dem das Nichtbestehen seines Erbrechts festgestellt worden sei, denn diese Kosten haben nicht den Nachlaß, sondern den Bekl. persönlich getroffen.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§§ 2032ff.

1. Dresden 23. 10. 15, JDR. 15 Ziff. 2 zu §§ 2032ff., auch SeuffA. 72, 162.

2. **RG.** 7. 12. 16, LeipzZ. 17, 461. Eine Teilauseinandersetzung ist nur ausnahmsweise beim Nachweise besonderer Umstände zulässig. Beweispflichtig ist derjenige, welcher die Teilauseinandersetzung beansprucht.

§ 2033.

1. **RG.** 21. 2. 16; 88, 116, JDR. 15 Ziff. III zu § 2033, auch, soweit dort nicht vollständig veröffentlicht, und im Anschluß daran Hamburg 15. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 183.

2. **RG.** 15. 3. 17, R. 17 Nr. 1091. Ist der Anteil eines Miterben unveräußerlich, so muß wenigstens dessen Teilungsanspruch als zurzeit allein realisierbares Recht in seinem anwartschaftlichen Bestande übertragbar und pfändbar sein. Es handelt sich hier nicht um einen unselbständigen Bestandteil eines anderen der Pfändung unterliegenden Rechtes, der allerdings einer selbständigen Veräußerung nicht fähig sein würde (**RG.** 70, 279). **RG.** 60, 129, JDR. 4 Ziff. 3, trifft hier nicht zu, leugnet übrigens nur die dingl., nicht aber die schuldrechtl. Wirkung der Abtretung des Erbteilungsanspruchs.

3. Aubele, BayNotZ. 17, 135. Der Umstand, daß ein Miterbe über seinen erbengemeinschaftl. Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen darf, ist kein berechtigter Grund für die Ablehnung des Antrags, bei dem Anteil eines Miterben nach dessen Tode im Grundbuch einzutragen, daß die Witwe die Gütergemeinschaft mit ihren Kindern fortsetzt, denn es handelt sich insoweit um ein kraft Gesetzes eintretendes Rechtsverhältnis.

4. Heine, DNotV. 17, 222 wendet sich gegen Krückmann, ZBlFG. 16, 1ff. und dessen Meinung, daß durch die Veräußerung und Verpfändung eines Erbteils (§ 2033) mittelbar der Anteil des Miterben an den zum Nachlasse gehörenden Vermögensstücken ergriffen, mittelbar der Anteil an diesen veräußert, verpfändet werde. Verf. vertritt die Ansicht, daß erst die Erbteilung dem Miterben die Möglichkeit zur Verfügung über Nachlaßgegenstände, sofern diese ihm bei der Erbteilung zugewiesen werden, gewährte, und die Eintragung der Verpfändung eines Erbteils im Grundbuche in Wirklichkeit nur

die aus § 1276 BGB. folgende gesetzliche Verfügungsbeschränkung des Miterben verlautbare.

5. Kretzschmar, ZBlFG. 18, 9 hält es, im Gegensatze zur herrsch. Ansicht (vgl. KGJ. 46, 181), für rechtlich nicht angängig, daß ein Miterbe über einen Bruchteil seines Anteils an dem Nachlasse, es sei denn durch Übertragung an Miterben (**RG.**, WarnE. 6, 293), verfügen könne.

6. **RG.** 16. 5. 17; 90, 233, JW. 18, 39, tritt KGJ. 33 A 226, JDR. 6 Ziff. 3, entgegen OLG. 12, 368 (Karlsruhe) und BayObLG. 10, 4 dahin bei, daß ein Pfandrecht, das ein Miterbe an dem ihm an dem ungeteilten Nachlasse zustehenden Anteile bestellt hat, im Grundbuche des auf den Namen der Erbengemeinschaft eingetragenen Grundstücks eingetragen werden könne, im wesentlichen aus den gleichen Gründen, aus denen **RG.** 83, 434, JDR. 13 Ziff. 1 zu §§ 2113 ff. das Pfandrecht an dem eingetragenen Rechte des Nacherben für eintragungsfähig erklärt worden ist. Die Eintragungsformel hat (in Preußen) dahin zu lauten, daß der Anteil des verpfändenden Miterben an dem ungeteilten Nachlasse verpfändet ist.

§ 2039.

1. BayObLG. 3. 11. 16, LeipzZ. 17, 212, R. 17 Nr. 237. Der einzelne als Kl. auftretende Miterbe gilt nicht als Vertreter der übrigen am Rechtsstreite nicht teilnehmenden Erben, sondern verfolgt sein Individualrecht.

2. Karlsruhe 28. 2. 17, DJZ. 17, 760. Die gegen einen Nachlaßschuldner auf Zahlung der ganzen Schuldsumme schlechthin gerichtete Klage ist sinngemäß als auf Leistung an alle Erben gerichtet aufzufassen. Das Urteil wirkt nur zugunsten des Kl. Rechtskraft und berechtigt nur ihn zur Zwangsvollstreckung, wenn auch deren Erträgnis den übrigen Miterben unmittelbar zugute kommt.

3. **RG.** 14. 5. 17, R. 17 Nr. 1657. Der Klagantrag muß ersehen lassen, ob jeder der Kl. Zahlung des ganzen Betrags an alle Kl. zusammen oder nur jeweils einen Kopfteil für sich fordert.

4. **RG.** 29. 3. 17, WarnE. 17, 284. Hat nur einer der Miterben Klage gemäß § 2039 erhoben, so richtet sich der Streitwert nach dem Anteilsrechte des Kl. am Nachlasse und seinem danach sich bemessenden Interesse an der mit der Klage begehrten Leistung.

5. KG. 28. 9. 16, KGJ. 49 A 1, OLG. 35, 362. Die Rechte eines Miterben gegen den anderen auf Mitwirkung bei der Verwaltung und der Verfügung über den Nachlaß und ferner auch das Recht aus § 2039 Satz 2 sind beim Streite der Beteiligten im Prozeßwege geltend zu machen. Für einen Akt der freiw. Gerichtsbarkeit ist nur insofern Raum, als nach § 165 FGG. die Bestellung des Verwahrers aus § 2039 durch dasjenige AG. erfolgt, in dessen Bezirke sich die Sache befindet. Das um die Bestellung angegangene Amtsgericht hat nur zu prüfen, ob nach den Behauptungen des Antragstellers der Tatbestand des § 2039 vorliegt, nicht aber, ob sachlich der Ablieferungsanspruch an den Verwahrer begründet ist.

§ 2044.

RG. 23. 10. 16, R. 17 Nr. 69. Auch ohne Anordnung einer Vorerbschaft oder Testamentsvollstreckung kann der Erblasser anordnen, daß die Witwe als Miterbin die Nachlaßgrundstücke nach ihrem freien Ermessen ohne Mitwirkung der miterbenden Stiefkinder bei Erreichung eines bestimmten Preises verkaufen könne, die Kinder aber vorher weder Veräußerung noch Teilung fordern können.

§ 2050.

1. **RG.** 30. 10. 16, LeipzZ. 17, 746, R. 17 Nr. 1838. § 2050 bezieht sich nicht auf die Ausgleichungspflicht testamentarisch zur Erbfolge berufener Abkömmlinge, vielmehr ist in dieser Beziehung der Wille des Erblassers allein maßgeblich, sofern nicht eine Verletzung im Pflichtteil vorliegt.

2. **RG.** 1. 10. 17, R. 17 Nr. 1839. Nach der Zuwendung kann der Erblasser die Aus-

gleichungspflicht nur durch Verfügung von Todes wegen auferlegen oder erlassen (RG. 71, 133). Soll durch Vertrag mit erbrechtlicher, insbes. pflichtteilsrechtlicher Wirkung die Ausgleichungspflicht einem Abkömmling auferlegt werden, so bedarf es hierzu eines Erbverzichtsvertrags. Ebenso kann der den Abkömmling von der Ausgleichungspflicht befreiende Vertrag nur in der Form des Erbvertrags geschlossen werden.

§ 2052.

RG. 1. 10. 17; 90, 419, JW. 18, 91, R. 17 Nr. 1840, 1841. Der zweite Fall des § 2052 liegt vor, wenn der Erblasser seine Frau und seine vier Kinder zu je $^1/_5$ als Erben eingesetzt hat, da hier die Erbteile der Kinder in demselben Verhältnis zueinander festgesetzt sind, wie bei der gesetzlichen Erbfolge. Nach dem zu vermutenden Willen des Erblassers ist die gesetzliche Ausgleichungspflicht auch dann anwendbar, wenn durch Anordnung eines Vorausvermächtnisses ein Teil des Vermögens, der dem Abkömmling nicht als Erben, sondern als Vermächtnisnehmer zufällt, aus dem Nachlaß ausgeschieden wird, bezüglich des Restes es aber dabei verbleibt, daß die Erbteile der Abkömmlinge in dem der gesetzlichen Erbfolge entsprechenden Verhältnis festgesetzt sind.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

Vorbemerkung. Hervorzuheben ist (zu § 2059) die Erörterung des RG. über die Befugnis des Miterben, vor der Teilung des Nachlasses die Nachlaßgläubiger auf den ungeteilten Nachlaß zu verweisen, selbst wenn er schon vor der Teilung einzelne Nachlaßgegenstände in Anrechnung auf den Erbteil empfangen hat, indem insoweit nur der Rückgewähranspruch zum Nachlasse gerechnet wird.

§§ 2058, 2059.

a) KG. 27. 10. 16, KGJ. 49, 109. Eine Erbengemeinschaft als solche kann nicht an Stelle eines verstorbenen Gesellschafters Mitglied einer o. HG. sein.

b) Ebenso Dresden 23. 10. 15, KGJ. 49, 268, RJA. 15, 43.

§ 2059.

RG. 13. 2. 17; 89, 403, JW. 17, 541, LeipzZ. 17, 1053, R. 17 Nr. 648, 649. Die Teilung eines Nachlasses kann durchgeführt sein, auch wenn die Erbengemeinschaft in Ansehung einiger Nachlaßgegenstände noch fortbesteht. Andererseits bedeutet die Verteilung einiger selbst wertvoller Nachlaßgegenstände unter den Miterben noch nicht die Teilung des Nachlasses als solchen. — Solange der Nachlaß als solcher noch ungeteilt ist, behält jeder Miterbe die Befugnis, die Nachlaßgläubiger auf den ungeteilten Nachlaß zu verweisen. Er braucht nicht die ZwVollstr. in solche Vermögensstücke zu dulden, die ihm schon vor der Teilung in Anrechnung auf seinen Erbteil ausgehändigt worden sind. Dagegen ergibt sich allerdings aus § 1978 Abs. 2 und § 1991 Abs. 1 die Verpflichtung des Miterben, das aus dem ungeteilten Nachlaß vorläufig Empfangene, soweit dies zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich ist, zum Nachlasse zurückzugewähren. Dieser Rückgewähranspruch gehört zum Nachlaß und unterliegt deshalb dem Zugriffe der Nachlaßgläubiger. Die Bedeutung des § 2059 Satz 1 liegt demgemäß darin, daß bis zur Teilung des Nachlasses der noch nicht ganz unbeschränkt haftende Miterbe nicht genötigt sein soll, die Nachlaßverbindlichkeiten unmittelbar zu berichtigen, und zwar auch nicht mit Mitteln, die er schon aus dem Nachlaß erhalten und möglicherweise dem Nachlasse zurückzuerstatten hat. Solange die Zurückerstattung unterblieben ist, gehören diese Mittel weder zum Nachlasse noch zum Anteile des Miterben an dem Nachlasse, sondern zu dem Vermögen, das der Miterbe außer seinem Anteil am Nachlasse hat.

Dritter Abschnitt. Testament.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 2065.

1. Rostock 24. 4. 17, MecklZ. 35, 372. Ungültig nach § 2065 ist eine in einem gemeinschaftl. Testament enthaltene Verfügung, durch die die Ehefrau dem Ehemanne

für den Fall, daß er sie überlebe, gestattet, die gemeinschaftl. Verfügungen nach seinem Ermessen zu ändern, soweit diese Verfügung sich auf den Nachlaß der Ehefrau bezieht. Ob die Ungültigkeit dieser Verfügung die Ungültigkeit des ganzen Testaments nach sich zieht, ist Auslegungsfrage (§ 2085).

2. Vgl. auch unten Ziff. I 6 und 7 zu Art. 213 EGBGB.

§ 2066.

1. a) OLG. Hamburg 8. 5. 16, OLG. 34, 279. Unter „nächsten Intestaterben" kann der Erblasser nur diejenigen verstanden haben, die nach dem bei seinem Ableben bestehenden Rechte zur Erbfolge berufen sein würden, wenn auch der Kreis der hiernach Erbberechtigten sich infolge Änderung der Gesetzgebung nach dem Tode des Erblassers geändert hat.

b) Aufgehoben durch **RG.** 6. 11. 16, LeipzZ. 17, 746, R. 17 Nr. 1842. § 2066 enthält nicht, wie § 2067, eine Auslegungsregel, läßt aber insoweit eine Auslegung des Willens des Erblassers zu, ob und welche Bestimmung im Testament darüber getroffen ist, welche Personen als seine gesetzl. Erben bedacht sein sollen. In dieser Beziehung kann in Betracht kommen, ob der Erblasser bei Errichtung des Testamentes das damals geltende Recht (im gegebenen Falle das Hamburger Statutarrecht) im Auge gehabt hat.

2. *Fraeb, R. u. W. 6, 50. Wollte der Erblasser erweislich der Erbeinsetzung unmittelbar noch eine Bedingung hinzufügen, und wurde der Testamentserrichtungsakt unterbrochen, so ist die Einsetzung nichtig; denn die unbedingte Einsetzung war nicht gewollt, die gewollte bedingte nicht erklärt.

§ 2067.

Kiel 22. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 146. Unter „nächsten Blutsverwandten" sind die dem Grade nach nächsten, mit dem Erblasser durch natürliche Verwandtschaft verbundenen Personen so, wie sie die gesetzl. Erbfolge als nächste Verwandte berief, zu verstehen. Dies gilt auch beim Vorhandensein von Voll- und Halbgeschwistern und der Einkindschaftung der ersteren.

§§ 2068, 2069.

1. **RG.** 23. 11. 16, GruchotsBeitr. 61, 324, R. 17 Nr. 238. Die zugunsten der Kinder und Abkömmlinge des Erblassers aufgestellte Auslegungsregel kann nach Lage des Falles auch zugunsten von Geschwisterkindern des Erblassers angewandt werden.

2. KG. 26. 10. 16, DJZ. 17, 337. Die gesetzl. Auslegungsregel des § 2069 bezieht sich nach ihrem Wortlaute nur auf eigene Abkömmlinge des Erblassers. Eine Ausdehnung der gesetzl. Regel auf Abkömmlinge Dritter ist nicht statthaft. Hiernach entscheidet, wenn der Erblasser die Kinder seiner noch lebenden Geschwister zu Erben berufen hat, lediglich die Testamentsauslegung darüber, ob entferntere Abkömmlinge stillschweigend als zu Ersatzerben eingesetzt zu gelten haben. In dieser Beziehung genügt der Nachweis eines entsprechenden Willens des Erblassers nicht, der Wille muß auch in dem Testament selbst, wenn auch nur andeutungsweise, zum Ausdruck gebracht sein.

§ 2075.

RG. 12. 3. 17, R. 17 Nr. 844, WarnE. 17, 277. Hat der Erblasser einem Dritten nur unter der — auflösenden — Bedingung, daß er das Testament in keinem Punkte angreife (vgl. **RG.**, JDR. 13 zu § 2075), zum Erben eingesetzt, so ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß der Dritte dadurch, daß er den Pflichtteil gefordert hat, des Erbrechts, und zwar im Falle eines gemeinschaftl. Testaments auch des Erbrechts nach dem überlebenden Ehegatten, verlustig gegangen und auf die Stellung eines bloßen Pflichtteilsforderungsberechtigten beschränkt worden sei. Frage der Auslegung ist es, ob der Erblasser nur den Dritten selbst oder auch dessen Stamm von der Erbfolge habe ausschließen wollen.

§ 2078.

1. Darmstadt 7. 2. 17, HessRspr. 18, 85. Ist in einer letztwilligen Verfügung nicht der wirkliche Wille des Erblassers zum Ausdruck gekommen, steht also der erklärte Wille mit dem wirklichen in Widerspruch, so findet § 2078 Anwendung.

2. Braunschweig 9. 6. 16, OLG. 35, 376. Die Anerkennung eines nichtigen Testaments dergestalt, daß es nun unter den Erben als gültig anzusehen ist, kennt das geltende Recht nicht. Höchstens können die Beteiligten vereinbaren, daß der Nachlaß zwischen ihnen so geteilt werden solle, wie in dem nichtigen Testament bestimmt ist (**RG.** 72, 210; JW. 11, 804).

§ 2079.

1. Celle 8. 12. 15, OLG. 34, 313. Die unbeabsichtigte Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten liegt auch schon dann vor, wenn der Erblasser jemand, dessen gegenwärtiges oder künftiges Verhältnis zu ihm er zwar kennt, in Unkenntnis dessen, daß dieses Verhältnis ihn pflichtteilsberechtigt macht, von seinem Nachlaß ausschließt, es sei denn (was aber bereits unter den § 2079 Satz 2 fällt), daß er auch bei Kenntnis der Pflichtteilsberechtigung die gleiche Verfügung getroffen hätte. § 2079 nimmt als mutmaßlichen Willen des Erblassers an, daß dieser einen Pflichtteilsberechtigten in Kenntnis der Berechtigung nicht ausgeschlossen hätte, nicht aber, daß er ihn auch schon in Kenntnis von Tatsachen, die, ohne daß er dies weiß, die Pflichtteilsberechtigung begründen, nicht ausgeschlossen hätte.

2. **RG.** 8. 3. 17, JW. 17, 536, LeipzZ. 17, 871, R. 17 Nr. 847, WarnE. 17, 185. Hat der durch ein gemeinschaftl. Testament oder einen Erbvertrag gebundene überlebende Ehegatte nachträglich einen Dritten an Kindesstatt angenommen, um die Anfechtung des Testaments (Erbvertrags) zu ermöglichen, so kann der in seinem Erbrecht Beeinträchtigte die Nichtigkeit des Annahmevertrags wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und damit auch die Unwirksamkeit der auf den nichtigen Vertrag gestützten Anfechtungserklärung geltend machen. Aber selbst wenn der Annahmevertrag wegen Gutgläubigkeit des anderen Teiles der Nichtigerklärung entrückt wäre, kann immer noch die Anfechtung des Testamentes wegen Verstoßes gegen die guten Sitten begründet sein. Vgl. auch zu § 1755.

§§ 2079, 2080.

Natter, BoschersZ. 17, 81, 113. Anerkennung (Bestätigung) anfechtbarer und nichtiger Testamente. Der Erblasser kann durch eine formlose Erklärung die Anfechtbarkeit seines Testaments nicht ausschließen. Nach dem Tode des einen Erblassers kann, wenn es sich um einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament handelt, der überlebende Erblasser die Anfechtung durch Bestätigung ausschließen. Zur Bestätigung genügt, wenn der Wille, daß das Testament Geltung haben solle, irgendwie, sei es auch nur durch konkludente Handlung, zum Ausdruck gebracht wird. Ferner schließt die formlose und nicht empfangsbedürftige Bestätigung (Anerkennung) des Testaments durch die gemäß § 2080 zur Anfechtung berechtigten Personen die Anfechtung aus. Auch durch Vertrag kann auf das Anfechtungsrecht verzichtet werden. — Die Anerkennung eines nichtigen Testaments durch den wirklichen Erben kann eine Erbschaftsausschlagung enthalten, wenn der in dem nichtigen Testament eingesetzte Erbe derjenige ist, dem im Falle der Ausschlagung durch den wirklichen Erben gemäß § 1953 die Erbschaft anfällt, und er in Kenntnis der Nichtigkeit des Testamentes die Ausschlagungserklärung in der Form des § 1945 abgibt. Wird durch Vertrag die Gültigkeit eines nichtigen Testamentes anerkannt, so ist unter Berücksichtigung der tatsächlich bestehenden Rechtslage und des Inhaltes des Testamentes zu prüfen, welchen rechtlichen Erfolg die Parteien durch den Vertrag herbeiführen wollten. Die Anerkennung kann z. B. einen auf Veräußerung der Erbschaft gerichteten Vertrag enthalten, der nur wirksam ist, wenn die in §§ 2371, 2385 vorgesehene Form gewahrt ist, oder es kann darin, wenn der in dem nichtigen Testament

zum Erben Eingesetzte im Erbschaftsbesitz ist, ein Verzicht auf den Erbschaftsanspruch enthalten sein. Erkennt der Beschwerte das nichtige Testament, durch das ein Vermächtnis angeordnet ist, in Kenntnis der Nichtigkeit vertragsmäßig an, so übernimmt er damit die Verpflichtung zur Bewirkung der in dem Vermächtnis bezeichneten Leistung; zur Wirksamkeit einer solchen Erklärung bedarf es der für Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Form (§ 518).

§ 2084.

I. Auslegungsgrundsätze.

1. Im allgemeinen.

Dresden 31. 3. 17, ZBlFG. 17, 517. Ist der Inhalt eines Testamentes vollständig klar und deutlich, so ist eine davon abweichende Auslegung unzulässig.

2. Beim Vorliegen mehrerer letztwilliger Verfügungen.

Frankfurt 21. 12. 16, FrankfRundsch. 50, 249, LeipzZ. 17, 693. Beim Vorhandensein mehrerer Testamente ist die Frage, ob und welche Rechte bestimmten Personen auf Grund letztwilliger Anordnung am Nachlasse zustehen, nur auf Grund sämtlicher Test. zu beurteilen, die in ihrer Gesamtheit den letzten Willen des Erblassers enthalten (**RG.**, JW. 16, 405, JDR. 15 Ziff. I C).

II. Einzelne Fälle.

1. BayObLG. 12. 6. 17, R. 17 Nr. 1440. Hat der Erblasser eine Mehrheit von Personen als Erben auf den Erlös eines Hauses eingesetzt, falls der Erstbedachte „ohne Erben" versterben sollte, so ist es nicht rechtsirrtümlich, unter den „Erben" die „Leibeserben" zu verstehen, sodaß die Nacherbfolge eintreten soll, falls der Erstbedachte ohne Leibeserben sterben sollte.

2. **RG.** 23. 10. 16, LeipzZ. 17, 536. Der Erblasser hat seine Frau und seine Kinder zu Erben eingesetzt und bestimmt, die Frau solle die lebenslängl. Nutznießung und Verwaltung des Nachlasses haben, auch befugt sein, das den Hauptbestandteil des Nachlasses bildende Grundstück zu veräußern, wenn sie es für notwendig und vorteilhaft halte und einen bestimmten Kaufpreis erziele. Für die Auslegung ist zu prüfen, ob die Frau bei Ausübung des Verkaufsrechts die Stellung eines TestVollstr. hat (§§ 2197, 2205, 2211 Abs. 1), oder ob ihr das Recht, durch Verkauf über das Nachlaßgrundstück zu verfügen, nur in Erweiterung des als Vermächtnis zugewandten Nießbrauchsrechts eingeräumt ist. Im letzteren Falle kommt in Frage, ob sie nicht bei der dingl. Verfügung an die Zustimmung der Miterben gebunden ist (§§ 137, 2174).

3. Breslau 27. 4. 17, OLG. 35, 150. Hat der Erblasser in seinem Testamente bestimmte Personen nur in ihrer Eigenschaft als TestVollstr. zu Schiedsrichtern (ZPO. § 1048) berufen wollen, so ist diese Voraussetzung nicht eingetroffen, wenn die Ernannten nicht Vollstrecker geworden sind.

§ 2085.

1. Rostock 24. 4. 17, OLG. 35, 363. Hat der überlebende Ehegatte infolge der ihm in dem gemeinschaftl. Testament erteilten Ermächtigung, die gemeinschaftl. Verfügungen nach seinem Ermessen zu ändern, in einem TestNachtrage neue Bestimmungen getroffen, so ist es nach § 2085 rechtlich zulässig, den Nachtrag, soweit er sich auf den Nachlaß der erstverstorbenen Ehegatten bezieht, als ungültig, im übrigen aber als wirksam zu behandeln.

2. **RG.** 9. 10. 16, LeipzZ. 17, 190. Die von dem Erblasser in seinem Testamente getroffenen einzelnen Verfügungen, die verschiedenartigen Inhalt und verschiedenartige Rechtswirkungen haben können, verlieren durch die nur äußerliche Zusammenfassung in einer TestUrkunde nicht derart ihre Selbständigkeit, daß aus den derselben Person gemachten Zuwendungen stets ein einheitlicher, auf demselben Klagegrunde beruhender Anspruch entstünde (§ 2085 in Abw. von § 139). Aus den inhaltlich

verschiedenen Verfügungen entstehen vielmehr verschiedene Ansprüche, welche ihren Grund in der einzelnen Verfügung von Todes wegen haben.

§ 2086.

*Fraeb, R. u. W. 6, 49. Ist einer letztwilligen Verfügung der Vorbehalt einer Ergänzung nicht beigefügt, ohne eine solche das Testament aber unverständlich, so muß, wenn man überhaupt ergänzen will, die Ergänzung für alle vom Erblasser selbst ausdrücklich ins Auge gefaßten Fälle einen Sinn ergeben. Voraussetzung der Ergänzung ist unter allen Umständen das Vorliegen einer nach grammatikalischen Grundsätzen und unter Berücksichtigung des Zweckes und der verfolgten wirtschaftlichen Ziele zweifelsfreien Willenserklärung des Erblassers, die dann auch einheitlich ergänzbar sein muß.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087.

I. Erbeinsetzung oder Zuwendung einzelner Gegenstände?

1. KG. 2. 12. 15, OLG. 34, 281. Hat der Erblasser jemandem eine bestimmte Summe, bestimmte Sache und „alles, was da ist", zugewendet, so ergibt sich daraus der Wille, über den gesamten Nachlaß zu verfügen, mit genügender Deutlichkeit, selbst wenn sich der Erblasser über die Höhe seines Barvermögens geirrt haben sollte.

2. Stettin 9. 12. 16, OLG. 34, 280 sieht in der Bestimmung eines Testaments, daß das vom Erblasser errichtete Fideikommiß beim Erlöschen seines Mannesstamms an die Intestaterben des letzten Fideikommißbesitzers fallen solle, nicht die Zuwendung eines einzelnen Gegenstandes (des Fideikommisses), sondern die Einsetzung zum Erben eines abgesonderten Vermögenskreises, den das erlöschende Fideikommiß bildete.

3. KG. 13. 4. 16, OLG. 34, 282. Läßt sich auf Grund von Erfahrungstatsachen und von außerhalb des Testaments liegenden Umständen in Verbindung mit dem ganzen Testamentsinhalt feststellen, daß der Wille des Erblassers auf eine wirkliche Erbeinsetzung gerichtet war, so besteht der Zweifel nicht, den die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 voraussetzt (KGJ. 38, 79).

4. KG. 5. 7. 17, OLG. 35, 365. Unter besonderen Umständen kann auch die Zuwendung einzelner Summen, wenn sie erkennbar den Bruchteil des Gesamtvermögens, über das verfügt wird, darstellen, als Erbeinsetzung angesehen werden. Der Wortlaut des Vertrags („ich vermache als Erbteil") steht nicht entgegen.

5. KG. 19. 7. 17, OLG. 35, 367. Keine Erbeinsetzung liegt vor, wenn der Erblasser weder über das Gesamtvermögen noch über Bruchteile seines Vermögens verfügt hat.

II. Erbeinsetzung in Erwartung bestimmter Verwendung des Zugewendeten.

RG. 14. 12. 16, LeipzZ. 17, 806, R. 17 Nr. 1092. Der Wille, dem als Erben Eingesetzten die volle Rechtsstellung eines solchen einzuräumen, wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Erblasser die Erwartung gehegt hat, der Bedachte werde das ihm zugewendete Vermögen nicht für sich, sondern zugunsten des vom Erblasser bewohnten Klosters verwenden. Ein dahingehender Erfolg hätte allerdings durch Hinzufügung einer Auflage erreicht werden können, jedoch kann aus der Nichthinzufügung einer besonderen Auflage nicht schon auf einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung geschlossen werden. Vgl. auch unten zu Artt. 86, 87 EGBGB.

§ 2097.

Dresden 29. 1. 16, ZBlFG. 17, 302. Die Einsetzung von Ersatzerben für den Fall, daß der zunächst berufene Erbe die Erbschaft ausschlägt, gilt nach § 2097 im Zweifel auch für den Fall des Widerrufs der Ernennung des zunächst berufenen Erben.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des KG. hat das **RG.** (zu § 2111) dahin entschieden, daß, wenn dem Vorerben bei der Auseinandersetzung mit seinen Miterben in Anrechnung auf seinen Erbteil ein Nachlaßgrundstück zugeteilt wird, auch der seinem Erbteil entsprechende Teil des Nachlaßgrundstücks dem Nacherbenrecht unterliegt, selbst wenn der Vorerbe sich außerdem zu weiteren Leistungen aus seinem übrigen Vermögen verpflichtet hat.

§ 2100.

1. BayObLG. 6. 8. 17; 18, 168, BayRpflZ. 17, 360. Die Bestimmung, daß die Frau bis zu ihrem Ableben Nutznießerin des Vermögens sein soll, kann als Einsetzung der Frau zur Vorerbin aufgefaßt werden. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2358.

2. Colmar 6. 12. 16, ElsLothJZ. 17, 134. In einem gemeinschaftl. Testament ist bestimmt, daß das Vermögen des Zuerstversterbenden an den Überlebenden mit der Auflage fallen soll, daß bei dem Tode des Längstlebenden das ganze vorhandene Vermögen in zwei Hälften geteilt werden solle, von denen die eine den Erben des Zuletztverstorbenen, die andere den Erben des Zuerstverstorbenen zufallen soll; dem Überlebenden sollen an dem ihm zufallenden Vermögen die Rechte des Vorerben zustehen. Hiernach sind Nacherben der Witwe in bezug auf das ihr von dem zuerst verstorbenen Manne angefallene Vermögen nicht nur die Erben des Mannes, sondern auch die der Frau, ebenso wie Erben der Witwe in bezug auf deren eigene Hinterlassenschaft nicht nur ihre eigenen gesetzl. Erben, sondern auch die ihres Mannes sind.

§ 2107.

Dresden 21. 10. 16, OLG. 34, 289, SächsOLG. 38, 39. Allerdings ist die Vorschrift des § 2107 dispositiver Natur, so daß der Erblasser die Nacherbfolge auch für den Fall, daß der Abkömmling Nachkommenschaft hinterlassen sollte, anordnen kann. Ein solcher Wille muß sich aber, um den § 2107 auszuschließen, aus dem Testament bestimmt ergeben.

§ 2108.

1. **RG.** 4. 10. 17, WarnE. 17, 434. Eine Nacherbeinsetzung des Inhalts, daß als Nacherben diejenigen Nachkommen der Testamentserrichter (eines gemeinschaftl. Testaments) gelten sollen, welche zur Zeit des Todes des Letztlebenden von ihnen am Leben sein würden, ist rechtlich nicht ausgeschlossen. In diesem Falle würden die Personen der Nacherben von vornherein erst nach dem Zeitpunkte des Eintritts des Falles der Nacherbfolge sich bestimmen und bis dahin ganz unbestimmt sein, so daß nötigenfalls Vertretung nach § 1913 eintreten müßte. — Eine Ersatzberufung schließt nicht unter allen Umständen die Anwendung der Auslegungsregel des § 2108 aus.

2. KG. 19. 7. 17, OLG. 35, 369. Die Bestimmung eines Testaments, wonach der einem Dritten zugewendete Erbteil nach dessen Tode auf seine Kinder als fideikommissarische Erben übergehen soll, kann dahin ausgelegt werden, daß zur Nacherbfolge nicht die beim Eintritt der Erbschaft, sondern die bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge vorhandenen Kinder berufen sein sollen.

§ 2111.

a) **RG.** 28. 10. 16; 89, 53, RJA. 15, 149, R. 17 Nr. 1287 gegen KGJ. 30 A 312, OLG. 10, 446, JDR. 4 Ziff. 1 zu § 2113 u. KGJ. 42 A 224, RJA. 11, 380, JDR. 11 Ziff. 1 zu § 2363. Nach dem mit § 2111 verfolgten Zwecke, den Nacherben gegen eine Verkümmerung seiner Rechte durch Verringerung der Erbschaftsmasse zu schützen, sind unbedenklich zu den „Mitteln der Erbschaft" i. S. des § 2111 auch die Rechte zu rechnen, die der Vorerbe auf Grund seiner Beteiligung an der zwischen ihm und seinen Miterben bestehenden Gemeinschaft zur gesamten Hand mit Bezug auf die einzelnen Gegenstände des ungeteilten Nachlasses hat. Wird daher dem Vorerben bei der Auseinandersetzung mit seinen Miterben in Anrechnung auf seinen Erbteil ein

Nachlaßgrundstück zugeteilt, so unterliegt auch der seinem Erbteil entsprechende Teil des Nachlaßgrundstücks dem Nacherbenrecht, selbst wenn er sich außerdem zu weiteren Leistungen aus seinem übrigen Vermögen verpflichtet hat. Zu diesem Teile ist die erworbene Sache Ersatz (Surrogat) der dafür aus der Erbschaft aufgewendeten Mittel, und tritt sie nach dem in § 2111 anerkannten Grundsatze dinglicher Surrogation an deren Stelle. Der Umstand, daß im einzelnen Falle die Bestimmung des Teiles Schwierigkeiten machen kann, kann nicht dahin führen, bei Anwendung des § 2111 an die Stelle des Erworbenen nur einen entsprechenden Wertbetrag, auf den der Nacherbe nur einen ungesicherten persönlichen Anspruch hätte, zu setzen.

b) Kretzschmar, ZBlFG. 18, 7 wendet sich im gegebenen Falle gegen die Anwendbarkeit des Surrogationsprinzips und findet die zutreffende Begründung darin, daß die Zustimmung des Nacherben zu den beantragten Eintragungen dessen Einverständnis damit enthalte, daß nur ein entsprechender Teil des Nachlaßgrundstücks dem Rechte des Nacherben unterliege.

§ 2112.

RG. 9. 11. 16, R. 17 Nr. 70. Ein schuldrechtl. Vertrag, durch den der Vorerbe über einen Nachlaßgegenstand nicht im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses, sondern im Interesse eines persönlichen Gläubigers verfügt, bindet den Nacherben jedenfalls dann nicht, wenn eine Testamentsvollstreckung angeordnet, der Vorerbe also zur Verfügung über Nachlaßgegenstände nicht berechtigt war. Vgl. auch zu § 2371.

§ 2113.

1. BayObLG. 18. 7. 16, JDR. 15 Ziff. 1 zu § 2113, auch E. 17, 178, DJZ. 17, 142.

2. BayObLG. 26. 6. 17, OLG. 35, 370. Ist im Grundbuche das Nacherbenrecht vermerkt, so sind die Nacherben gegen jede Benachteiligung durch den Vorerben gesichert. Die Frage, ob die Nacherben benachteiligt sind, ist erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge zu prüfen.

3. KG. 25. 10. 17, OLG. 35, 371. Bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Verfügung eines Vorerben ist zu prüfen, ob nach den Umständen des Falles bei der Verfügung der Vorerbe auf seine Herausgabeverpflichtung (§ 2130) gebührend Rücksicht genommen hat. Eine solche Rücksichtnahme ist zu vermissen, wenn der Vorerbe bei einer Gutsüberlassung sich als Gegenleistung lediglich einen lebenslängl. Nießbrauch und eine lebenslängl. Geldrente ausbedungen hat.

4. KG. 31. 8. 16, OLG. 34, 285. Ist infolge der Einsetzung mehrfacher Nacherben der Kreis der derzeitig Berechtigten nicht bestimmbar, so bedarf es zu ihrer Vertretung (z. B. bei Abgabe einer Löschungsbewilligung) der Bestellung eines Pflegers gemäß § 1913.

§ 2120.

RG. 26. 3. 17, R. 17 Nr. 1441. Der Grundsatz des § 2120 ist entsprechend anwendbar, wenn es sich nicht um eine Verfügung, sondern um eine schuldrechtl. Verpflichtung handelt. Der Nacherbe kann, wenn die Eingehung des Rechtsgeschäfts zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich war, die hieraus entspringende Verbindlichkeit als den Nachlaß belastend ebensowenig von sich ablehnen, als er, wenn diese Verbindlichkeit bereits vor Eintritt der Nacherbfolge aus Nachlaßmitteln berichtigt ist, Erstattung des Geleisteten vom Vorerben fordern könnte. Vgl. oben Ziff. 1 u. 2 zu § 1967.

§ 2124.

PreußOVG. 12. 4. 16, BreslAK. 17, 49. Der Vorerbe ist für die Erbmasse zum Wehrbeitrag steuerpflichtig, gleich als ob sie zu seinem unbeschränkten sonstigen Eigentum gehörte.

§ 2136.

KG. 6. 1. 16, OLG. 34, 286. Der Nachweis, daß eine Abtretung nicht unentgeltlich bewirkt worden sei, kann durch die Erklärung des Vorerben allein nicht erbracht werden.

§ 2142.

a) Kleinschmidt. Wann kann der Nacherbe die Nacherbschaft annehmen oder ausschlagen? (Berlin 1916.) Antwort: Mit dem Eintritt des Erbfalls.

b) Zustimmend Herzfelder, JW. 17, 580, der im Anschluß an RG. 80, 377, JDR. 12 zu § 2142 nunmehr die bei Staudinger vertretene entgegengesetzte Ansicht aufgegeben hat.

§§ 2144, 2145.

a) ThürOVG. 9. 12. 16, JW. 17, 878. Hat der Vorerbe mit Zustimmung des Nacherben ein Nachlaßgrundstück verkauft und übereignet, so haftet nach Eintritt der Nacherbfolge der Nacherbe für die Zuwachssteuer

b) Dagegen Jäger a. a. O. Anm. 1, weil die Zuwachssteuerschuld eine Nachlaßverbindlichkeit i. S. der §§ 2144, 2145 BGB. sei.

Vierter Titel. Vermächtnis.

§§ 2147 ff.

1. **RG.** 25. 2. 16, JDR. 15 zu §§ 2147ff., auch E. 88, 137, SeuffA. 72, 57.

2. **RG.** 5. 2. 17, R. 17 Nr. 650, WarnE. 17, 187. Hat der Erblasser, dem selbst eine Erbschaft zugefallen war, diese als solche einem Dritten zugewendet, so begründet die Verfügung, wenngleich sie eine Rechtsgesamtheit zum Gegenstande hat, doch keine Gesamtnachfolge, sondern sie ist als ein Vermächtnis aufzufassen, aber nicht als solches bestimmter einzelner Gegenstände i. S. der §§ 2169 u. 2170. Wenn im gegebenen Falle nach dem mutmaßlichen Willen des Erblassers der § 2019 und die ihn ergänzenden Vorschriften der §§ 2021 u. 818 Abs. 1 für entsprechend anwendbar erachtet worden sind, so kann hierin ein Rechtsirrtum nicht erblickt werden.

3. München 16. 12. 16, OLG. 35, 374. Ein in einem ungültigen Testament ausgesetztes Vermächtnis kann als Anerkenntnis eines Schuldverhältnisses („kleine Danksagung für die viele gehabte Mühe") umgedeutet werden.

§ 2150.

Kiel 4. 5. 16, OLG. 34, 283. Ist jemand zum Erben (Miterben) eingesetzt und mit einem Vorausvermächtnis bedacht, so entscheidet die Auslegung nach dem vermutlichen Willen des Erblassers im Einzelfalle, ob, wenn „die Abkömmlinge substituiert" sind, diese nicht nur Ersatzerben hinsichtlich des zugewendeten Erbteils, sondern auch Ersatzvermächtnisnehmer hinsichtlich des Vorausvermächtnisses sein sollen. Die §§ 2110 Abs. 2, 2373 können nicht herangezogen werden, da diese Fälle (Vorerbschaft, Erbschaftskauf) besonders und anders liegen.

§ 2155.

München 8. 7. 16, OLG. 34, 293. Es ist Tatfrage, ob ein Gattungsvermächtnis unter der stillschweigenden Bedingung angeordnet ist, daß der Erblasser den Bedachten nicht noch selbst befriedigen werde.

§§ 2157, 2091.

RG. 17. 9. 17, R. 17 Nr. 1843. Die Regeln über die gesetzl. Erbfolge können für die Auslegung einer Vermächtnisanordnung nicht herangezogen werden. Sind daher die Vermächtnisnehmer in dem Testamente nicht deshalb unter zwei verschiedenen Nummern aufgezählt worden, um eine Anordnung über die Verteilung des Vermächtnisses zu geben, so ist es nicht ausgeschlossen, sämtliche Vermächtnisnehmer als zu gleichen Teilen eingesetzt anzusehen.

§ 2169.

a) **RG.** 14. 12. 16, WarnE. 17, 83. Ist ein Vermächtnis in einem eigenhändigen Testament, wie zulässig (§§ 1939, 2231), zugewendet, so muß der Gegenstand des Vermächtnisses in der Urkunde so bezeichnet werden, daß er durch den Inhalt der Urkunde

selber, sei es unmittelbar oder auslegungsweise, zweifelsfrei bestimmt oder doch bestimmbar erscheint. Fehlt eine solche Angabe, so kann dieser Mangel rechtswirksam nur in der Weise behoben werden, daß eine ergänzende Erklärung hierüber ebenfalls in Testamentsform abgegeben wird. Die Verweisung auf eine andere formungültige Urkunde wäre nicht wirksam. Hat jedoch das Test. bestimmte Gegenstände im Auge, die den Gegenstand des Vermächtnisses bilden sollen, so ist die Verweisung auf eine andere Urkunde zur Kennzeichnung dieser Sachen nicht unzulässig und macht das Test. nicht unwirksam. In dieser Beziehung ist ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Auslegung und Ergänzung nicht zu machen.

b) Zustimmend Kretzschmar, ZBlFG. 18, 1, der nur insoweit Bedenken erhebt, als die Ergänzung des Willens des Erblassers der Auslegung gleichgestellt und daher für zulässig erklärt wird.

§ 2174.

RG. 5. 10. 16, FDR. 15 Ziff. 2 zu § 2174, auch LeipzZ. 17, 191.

§ 2176.

1. Hamburg 8. 11. 16, OLG. 34, 295, SeuffA. 72, 91. Das Entstehen der Vermächtnisforderung (§ 2176) bedeutet nicht ihr Fälligwerden. Wann die Forderung fällig wird, bestimmt, wie den übrigen Inhalt der Forderung, das Testament. Ist ein Geldvermächnis ausgesetzt, so ist für die Bestimmung der Fälligkeit der gesamte Inhalt des Test. in Betracht zu ziehen unter Berücksichtigung der Erfordernisse des besonderen Falles und der Verkehrssitte. Zinsen sind erst vom Eintritte des Verzugs des Beschwerten zu fordern; § 2084 betrifft nur herauszugebende gezogene Früchte.

2. Hamburg 31. 1. 17, OLG. 34, 293. An sich ist der Vermächtnisnehmer erbschaftssteuerpflichtig, wenn nicht das Testament den entgegenstehenden Willen des Erblassers klar ausdrückt.

§ 2180.

Hamburg 26. 1. 15, OLG. 34, 296. Gegen § 2180 verstößt nicht ein Vertrag, durch den nach Auflösung einer Stiftung ein Anfallsberechtigter zugunsten der anderen Anfallsberechtigten auf die ihm an dem Stiftungsvermögen zustehenden Ansprüche verzichtet, d. h. diese Ansprüche auf die übrigen Berechtigten überträgt, denn es handelt sich nicht um die Ausschlagung eines befristet zugefallenen Vermächtnisses, sondern um die Veräußerung erworbener Rechte.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

§ 2199.

Colmar 22. 7. 16, ElsLothNotZ. 17, 8. Hat der Erblasser dem Testamentsvollstrecker „die ausgedehntesten Befugnisse, die das Gesetz einem TestVollstr. zu erteilen erlaubt", zugewiesen, ihm auch das Recht eingeräumt, „seine Funktionen" auf eine andere geeignete Person zu übertragen, so ist die Annahme rechtlich unbedenklich, daß ein über die Ernennung eines Generalbevollmächtigten hinausgehender, auf Ernennung eines Nachfolgers des TestVollstr. gerichteter Wille nicht zum Ausdruck gelangt, und daß die Übertragung der Funktionen eines Amtes nicht ohne weiteres der Übertragung des Amtes selbst gleich zu achten ist.

§ 2200.

BayObLG. 1. 10. 15, FDR. 14, 15, auch KGJ. 49, 249 (hier irrtümlich 1. 11. 15).

§ 2202.

Posen 5. 3. 17, BreslAK. 17, 43, JW. 17, 871, OLG. 35, 86, PosMSchr. 17, 22, R. 17 Nr. 1858. Der Testamentsvollstrecker ist zu der von dem Erblasser (einem Arzt) gewollten Geheimhaltung seines ärztlichen Tagebuchs und demgemäß auch zur Zeugnisverweigerung über dessen Inhalt befugt.

§ 2203.

Dresden 29. 9. 15, OLG. 34, 297, SächsOLG. 37, 408 (hier 29. 11. 15). Im Falle der Anordnung einer Nacherbfolge endigt regelmäßig die Obliegenheit des TestVollstr. mit der Aushändigung der Erbschaft an den Vorerben; es bedarf daher nicht seiner Mitwirkung bei der Herausgabe der Erbschaft an den Nacherben.

§ 2204.

RG. 26. 3. 17, R. 17 Nr. 1442. Die Aufstellung des Auseinandersetzungsplans ist allerdings Sache des TestVollstr., jedoch schadet es der Gültigkeit der Erbauseinandersetzung nicht, wenn der TestVollstr., der zugleich Miterbe ist, sich über die Auseinandersetzung mit den anderen Erben geeinigt hat. Der Mitwirkung der Erben bedarf es außerdem, um die Erbauseinandersetzung zur Vollziehung zu bringen (JW. 16, 1586 Nr. 5; R. 16 Nr. 2114). Vgl. auch Ziff. 1 u. 2 zu § 1967.

§ 2205.

1. Dresden 1. 4. 16, OLG. 35, 371, SächsOLG. 37, 352. Der TestVollstr. unterliegt bei der Verfügung über erbschaftl. Grundstücke auch gegenüber den Nacherben allein der in § 2205 Satz 3 bestimmten Beschränkung hinsichtlich unentgeltl. Verfügungen.

2. Kiel 2. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 91. Von dem TestVollstr. kann nicht der strenge Nachweis gefordert werden, daß eine von ihm getroffene Verfügung keine unentgeltliche sei (KGJ. 33 A 164; **RG.** 65, 223).

3. Über die Herbeiführung der durch den Erben gewählten Abfindung eines unehelichen Kindes (§ 1712) s. **RG.** 10. 5. 17 oben Ziff. 1 zu § 1712.

§§ 2205, 2208.

KG. (ohne Datum), NaumbAK. 17, 50. Die Erben sind, wenn nicht ein entgegenstehender Wille des Erblasser erkennbar und ein Ersatzmann für den TestVollstr. nicht bestimmt ist, befugt, eine zum Nachlasse gehörige Hypothek an den TestVollstr. abzutreten.

§ 2209.

KG. 21. 10. 15, OLG. 34, 299. Sind TestVollstr. zur Verteilung des Nachlasses und Herbeiführung der Errichtung einer Stiftung ernannt, so endigt mit der Erfüllung dieser Aufgaben das Amt der Vollstrecker, insbes. ist für eine weitere Tätigkeit der Stiftung gegenüber kein Raum mehr. Eine gegenteilige Auffassung setzt sich zu § 2210 in Widerspruch. Soweit die Vollstrecker als Vorstandsmitglieder weiter mitzuwirken haben, sind sie als solche von dem NachlaßG. zu ernennen.

§ 2216.

RG. 29. 3. 17, R. 17 Nr. 1093. Die Verpflichtung des TestVollstr. zur ordnungsmäßigen Führung der Verwaltung erschöpft sich nicht in einer einmaligen Leistung, ist vielmehr auf eine fortgesetzte Tätigkeit gerichtet. Der hiernach gegen den Test.-Vollstr. begründete Anspruch ist vor Beendigung der Testamentsvollstreckung nicht fällig und kann daher zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechts nicht verwandt werden.

§ 2219.

Kiel 1. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 169. Ein Schadensersatzanspruch gegen den TestVollstr., darauf gegründet, daß er widerrechtlich Nachlaßgegenstände verschenkt habe, kann anteilig auch von einem einzelnen Miterben geltend gemacht werden. Auf mündlich geäußerte Wünsche des Erblassers kann sich der TestVollstr. nur soweit berufen, als die Umstände des Einzelfalls in Verbindung mit dem mündlichen Wunsche des Verstorbenen die Schenkung als Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht erscheinen lassen.

§ 2221.

Engel, HansGZ. 17 Bbl. 29 (Schiedsspruch). Für den Zeitpunkt der Fälligkeit des TestVollstrHonorars ist die aus der Sachlage des Einzelfalls sich ergebende Billig-

keit unter Berücksichtigung einer etwa bestehenden Verkehrssitte maßgebend. In Hamburg ist es üblich, bei länger dauernder Verwaltung das Vollstreckerhonorar dem Nachlasse nach dessen „Konstituierung" zu entnehmen, und zwar im allgemeinen 2 v. H. des Kapitalvermögens, daneben bei länger dauernder Verwaltung eine besondere Vergütung von 2 v. H. der jährlichen Zinserträge.

§ 2227.

1. KG. 30. 3. 16, OLG. 34, 300. Auch wenn, wie in dem KGJ. 36 A 73 entschiedenen Falle, noch nicht jede persönliche Verständigung zwischen den verfeindeten Beteiligten ausgeschlossen ist, kann nach den Umständen des Falles die Entlassung des TestVollstr. wegen Feindschaft nicht bloß nach dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, sondern auch wegen des Interesses der Beteiligten gerechtfertigt sein.

2. BayObLG. 13. 4. 17, E. 18, 56, R. 17 Nr. 1288. Regelmäßig wird eine Persönlichkeit, die das Amt eines Vormundes nicht ohne Gefährdung der Interessen des Mündels fortzuführen vermag, auch nicht geeignet sein, das Amt des TestVollstr. ordnungsmäßig auszuüben.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung. Der IV. ZS. des **RG.** (Ziff. 1 zu § 2241) hat nochmals grundsätzlich zu der Frage der Datierung des öffentl. Testaments Stellung genommen und fordert die Beurkundung des richtigen Tages der Verhandlung, läßt aber eine Klarstellung des richtigen Datums aus den unmittelbar mit der Protokollierung zusammenhängenden und dem Gesetz entsprechenden Vorgängen zu, gestattet insbes. die Verwertung der amtl. Aufschrift des Protokolls zur Ermittlung des wahren Tages der Verhandlung.

§ 2231.

Eigenhändiges Testament.

I. Erfordernis der Ortsangabe.

1. BayObLG. 18. 9. 15, JDR. 15 Ziff. II 1 zu § 2231 (Erfordernis der eigenhändigen Ortsangabe), auch E. 16, 116, SeuffA. 72, 25.

2. KG. 17. 6. 15, OLG. 34, 304. Wesentlich ist für die Ortsangabe bei einem eigenhändigen Testament, daß der Ort, wo das Test. niedergeschrieben ist, kenntlich gemacht wird, und daß die Ortsangabe eben diesem Zwecke dient, weil diese Angabe die Natur und Bedeutung eines Zeugnisses hat, das nur aus der Urkunde selbst in Verbindung mit offenkundigen Tatsachen entnommen werden kann (RJA. 8, 178; OLG. 16, 48). Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Erblasser mit der Ortsangabe nicht den Ort der TestErrichtung, sondern (durch einen Vermerk am Kopfe links der Urkunde, „Test. des stud. phil. Peter L., Charlottenburg, Gervinusstraße 1") nur seinen Wohnort bezeichnen wollte.

3. Schultheis, R. 17, 280 tritt für eine Änderung des § 2231 durch Streichung des Erfordernisses der Angabe des Errichtungsortes eines eigenhändigen Testaments ein, da für die Beibehaltung der Ortsangabe — im Gegensatze zur Zeitangabe — kein Bedürfnis vorliege. Sofern für das Test. eines Ausländers die Feststellung, daß das Test. im Gebiete des Deutschen Reichs errichtet sei, erheblich erscheinen sollte (vgl. Art. 25 Satz 2 EGBGB.), wird empfohlen, als Sollvorschrift in den geänderten § 2231 den Zusatz aufzunehmen: „diese (die Erklärung) soll auch den Ort der Errichtung angeben."

II. Unterschrift.

1. KG. 28. 9. 16, DJZ. 17, 137, RJA. 15, 117. Ein im Felde errichtetes Testament, beginnend mit den Worten: „Ich, Otto B., setze meine Frau als Universalerbin ein", abschließend mit dem Datum: „Rußland, den . . . .", aber ohne Unterschrift, entspricht nicht der Anforderung, die § 2231 Nr. 2 und § 44 Ziff. 2a RMilG. an die Unterschrift des Erblassers stellen, nämlich dahin, daß die Unterschrift die Erklärung des letzten Willens räumlich abschließen, ihren Text decken und gegen spätere Zusätze schützen muß (KGJ 48 A 85).

2. KG. (Straff.) 8. 3. 17, DIZ. 17, 524, JW. 17, 489. Die Unterzeichnung mit einem verstümmelten Namen („Tunni Eitopp" statt „Conrad Eickhoff") kann als eigenhändige Unterschrift i. S. des § 2231 genügen, wenn trotz der Verstümmelung noch für jeden, der weiß, wie der Erblasser heißt, das Geschriebene als eine Verstümmelung des ihm zustehenden Namens erkennbar ist, insbes. wenn es sich um die Unterschrift einer weniger schreibkundigen Person handelt. Beruht die Verstümmelung nicht auf Mangel an Schreibgewandtheit, sondern auf Willkür, so kann das insofern bedeutsam sein, als die Ernstlichkeit des Testamentserrichtungswillens in Zweifel gestellt wird.

3. Braunschweig 9. 6. 16, OLG. 35, 376. Die Unterschrift auf dem Umschlage des Testaments ersetzt den Mangel der Unterschrift des Test. nur dann, wenn der Erblasser bei der Niederschrift des Test. den Willen gehabt hat, fortzufahren, als er den Umschlag mit der Aufschrift versah (**RG.** 61, 7; JW. 08, 337). Dies ist nicht anzunehmen, wenn das Test. mit den Worten abschließt: „Hiermit schließe ich mein Test.", und die Aufschrift auf dem Umschlage lautet: „Hierin befindet sich (nicht: Dies ist) mein Test."

III. Verweisung auf andere Urkunden. Vgl. oben zu § 2169.

IV. Undatierter Nachtrag.

KG. 7. 6. 17, OLG. 35, 364. Die Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß ihm ein undatierter und daher ungültiger Nachtrag folgt. In Frage kommen kann, ob die Voraussetzungen der Anfechtung nach § 2078 Abs. 1 vorliegen.

V. Urkundenfälschung.

RG. (Straff.) 23. 10. 16, JW. 17, 48, LeipzZ. 17, 63 (hier 17. 10. 16). Die fälschliche Anfertigung einer den Anforderungen des § 2231 Nr. 2 nicht genügenden Testamentsurkunde enthält an sich keine Urkundenfälschung, kann aber eine solche sein, wenn in dem Schriftstück anderweite rechtserhebliche Erklärungen verkörpert sind, die an die Testamentsform nicht geknüpft sind.

VI. Vgl. auch unten zu § 2255 (Bedeutung eines zur Errichtung eines öffentl. Testaments benutzten eigenhändigen Testaments).

§ 2241.

1. **RG.** IV ZS. 21. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 481, JW. 17, 466, LeipzZ. 17, 476, WarnE. 17, 437 hält gegenüber **RG.** 74, 421 (III. ZS.) an seiner grundsätzl. Ansicht fest, daß § 2241 die Beurkundung des richtigen Tages der Verhandlung zwingend vorschreibe und ein Verstoß hiergegen das Testament nichtig mache, erachtet es jedoch für zulässig, die aus dem Protokolle sich ergebenden Zweifel über das richtige Datum aus unmittelbar mit der Protokollierung zusammenhängenden und dem Gesetz entsprechenden Vorgängen klarzustellen und insbes. die amtl. Aufschrift des Protokolls zur Ermittlung des wahren Tages der Verhandlung zu verwerten. Hat der Notar auf dem Umschlage vermerkt, daß sich darin das von ihm aufgenommene Protokoll vom 24. 3. 1905 (Nr. 122 seines NotReg. von 1905) befinde, diesen Vermerk mit dem Datum des 24. März 1905 versehen und mit seinem Namen unterschrieben, so ist durch die eigene urkundl. Bescheinigung des Notars klargestellt, daß das Protokoll nicht, wie darin vermerkt, im Jahre 1904, sondern im Jahre 1905 aufgenommen ist.

2. Rostock 15. 3. 17, MecklZ. 35, 375, OLG. 34, 306. Enthält bei Errichtung eines notariellen Testaments das Protokoll des Notars kein Datum, so hat dieser Mangel die Nichtigkeit des Aktes zur Folge. Die überreichte TestUrkunde ist nicht Teil des Protokolls, sondern Gegenstand der Verhandlung. Auch die von dem Notar zu fertigende Aufschrift (§ 2246) bildet keinen Teil des Protokolls, und der Vermerk auf dem Protokolle, es sei unter einer bestimmten Nummer des Notariatsregisters eingetragen, betrifft nur den inneren Dienst und gehört nicht zum Protokoll.

3. a) **RG.** 12. 7. 17, BayRpflZ. 17, 357, GruchotsBeitr. 61, 937, JW. 17, 926. Ein Protokoll, welches nur die Zeitangabe „heute" enthält, ist als ein solches anzusehen,

das der Zeitangabe völlig ermangelt und daher die Nichtigkeit des beurkundeten Testaments begründet. Die Erwägungen, aus denen das RG. bei unrichtiger und mangelhafter Zeitangabe des Protokolls die Ergänzung aus anderen, mit der Testamentserrichtung in Zusammenhang stehenden Schriftstücken zugelassen hat, greifen bei gänzlich fehlender Zeitangabe nicht Platz (JW. 15, 583, ebenso KGJ. 41 A 86). Der DJZ. 12, 401, JDR. 11 Ziff. III behandelte Fall liegt tatsächlich anders. Die für privatschriftl. Test. anerkannte Möglichkeit, die auf den Umschlag gesetzte Datierung als Abschluß des Testierungsaktes anzusehen, besteht bei öffentl. Test. nicht, da hier zwischen der Errichtung des Protokolls einerseits und den sich daran anschließenden Maßnahmen andererseits in den §§ 2241, 2242 und § 2246 scharf unterschieden wird.

b) v. Blume, JW. 17, 926 hält diese Begründung nicht für überzeugend, da, wenn überhaupt eine Korrektur des Protokolls durch Heranziehung der Protokollaufschrift zugelassen werde (vgl. **RG.** 81, 96), nicht einzusehen sei, warum nicht auch das im Protokoll enthaltene „heute" seine Erläuterung aus der Aufschrift finden solle.

§ 2249.

1. **RG.** 26. 1. 17, LeipzZ. 17, 480, R. 17 Nr. 406, WarnE. 17, 182. Darin, daß der Ortsvorsteher bei der Aufnahme eines Dorftestamentes es unterläßt, entgegen dem § 2242 Abs. 1 die Genehmigung des Erblassers im Protokolle festzustellen, liegt nicht notwendigerweise eine Fahrlässigkeit.

2. **RG.** 2. 11. 16, JW. 17, 219, LeipzZ. 17, 478, R. 17 Nr. 845, SeuffA. 72, 223, WarnE. 17, 382. Desgl., wenn der Ortsvorsteher nur bescheinigt, daß die Herbeiholung eines Notars nicht mehr möglich sei, während die Feststellung der Besorgnis fehlt, daß die Errichtung des Testaments auch vor einem Richter nicht mehr möglich sein werde.

3. Vgl. auch Ziff. B II 2 zu Art. 77 EGBGB.

§ 2255.

KG. 7. 12. 16, FrankfRundsch. 50, 228. Haben Eheleute je ein Testament errichtet, welches den Anforderungen des eigenhändigen Test. (§ 2231 Nr. 2) entspricht, und später dem Gemeindevorsteher mit der mündl. Erklärung, daß die Urkunden ihren letzten Willen enthalten, übergeben, worüber ein vorschriftsmäßiges Protokoll aufgenommen worden ist (§§ 2249, 2266, 2238), so entbehrt die Annahme, das eigenhändige Test. habe, weil Teil des öffentl. Test. geworden, dadurch zu bestehen aufgehört, der gesetzlichen Grundlage. Auch der Tatbestand des § 2255 liegt nicht vor, da die TestUrkunde körperlich unversehrt geblieben ist und die Benutzung der Urkunde eines eigenh. Test. zur Errichtung eines öffentl. Test. nicht auf den Willen, das eigenh. Test. aufzuheben, hindeutet, im Gegenteil liegt der Schluß nahe, daß der Erblasser gerade eine Verstärkung der Wirkung des im eigenh. Test. enthaltenen letzten Willens beabsichtigt hat. Deshalb ist das Test., wenn es auch nach Ablauf der Gültigkeitsdauer als Nottest. nicht mehr in Betracht kommt, doch geeignet, als eigenh. Test. die Grundlage für die Feststellung des Erbrechts zu bilden.

§§ 2256 ff.

Hamburg 22. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 161, OLG. 34, 307. Ist ein notarielles Testament gemäß § 2246 in amtl. Verwahrung gebracht, demnächst aber dem Erblasser auf sein Verlangen zurückgegeben worden, so gilt es nach § 2256 als widerrufen, und die Verfügung des Erblassers kann inhaltlich nur dadurch wieder wirksam werden, daß sie vollkommen neu in einer der zugelassenen TestFormen errichtet wird. Eine Bezugnahme auf das zurückgegebene Test. mit der Wirkung, daß diese Urkunde die gleiche Rechtsgültigkeit als letztwillige Verfügung besitze, ist dem geltenden Recht fremd.

§§ 2260 ff.

1. Mewes, SächsRpflA. 17, 165 empfiehlt, den § 2261 in Fortfall zu bringen, die §§ 2260, 2262 aber zusammenfassend dahin zu ändern: „Das NachlaßG. hat, sobald es vom Tode des Erblassers Kenntnis erlangt, dessen Testament den ihm benannten Be-

teiligten bekanntzugeben. Auf diese Mitteilung kann verzichtet werden. Der Zustand, in welchem das Test. an das NachlaßG. zum Zwecke der Verkündung gelangt, ist durch Aktenvermerk festzustellen."

2. PreußJM. 23. 7. 17, JW. 17, 889 verneint für Preußen das Bedürfnis nach einer dem Wiener Zentral-Testamentskataster, vgl. JDR. 15 Ziff. 1 zu § 2260, entsprechenden Einrichtung.

§ 2260.

1. v. Scheibner, ZBlFG. 18, 150 — im Anschluß an Weise, SächsRpflA. 16, 7, JDR. 15 Ziff. 2a. § 2260 sieht nicht vor, daß die Eröffnung von Testamenten nur dem Richter obliege, überläßt vielmehr in dieser Beziehung die Entscheidung dem Landesrecht. In Sachsen ist weder zur Eröffnung noch zu deren Beurkundung der Gerichtsschreiber für zuständig erklärt und daher der Richter gehalten, die Eröffnung vorzunehmen. Zur Beurkundung des Vorganges ist die Aufnahme eines Protokolls (nicht ein bloßer Aktenvermerk) geboten.

2. Hamburg 4. 10. 15, JDR. 15 Ziff. 1 (Eröffnung des nur in öffentl. beglaubigter Abschrift vorliegenden Testaments), auch KGJ. 49, 253.

3. HessJM. 28. 1. 17, BayNotZ. 17, 359. Testamente sind, auch wenn niemand in dem Verkündungstermin erschienen ist, zu verkünden.

4. Dresden 23. 9. 16, SächsOLG. 37, 356. Auch widerrufene Anordnungen werden im Gesetze von der Eröffnungspflicht nicht ausgenommen.

5. KG. 7. 12. 16, DJZ. 17, 903, OLG. 34, 310. Über die Zuständigkeit deutscher Gerichte zur Eröffnung von Ausländertestamenten herrscht in der Rechtslehre Streit. Jedenfalls sind die deutschen Rechtsvorschriften stets anzuwenden, wenn auch nur für einen Teil des Nachlasses der Erbgang nach deutschem Rechte stattfindet. Dies ist hinsichtlich des in Deutschland belegenen Grundbesitzes der Fall, wenn nach dem Rechte der Vereinigten Staaten Grundeigentum eines Amerikaners sich nach dem Rechte des Staates, in dem das Grundstück liegt, vererbt (JW. 12, 22; BadRpr. 10, 89).

§ 2262.

Winkler, ZBlFG. 18, 210. Bei bedingter Erbeinsetzung darf die Benachrichtigung des Erben zwar nicht ganz unterbleiben, wohl aber darf sie verschoben werden.

§ 2264.

KG. 28. 9. 16, DJZ. 17, 137, KGJ. 49, 55, OLG. 34, 308. Unzulässig ist aus öffentlich-rechtlichen Gründen die Rückgabe eines eröffneten gemeinschaftl. Testamentes (KGJ. 24 B 5, 11; 36 A 85; 38 A 145). Durch Zurückbehaltung einer Abschrift nach Erteilung des Erbscheins wird dem öffentl. Interesse nicht genügt, denn durch den Erbschein wird das Erbrecht nur vorläufig festgestellt (GruchotsBeitr. 57, 1021, 1025). Dasselbe gilt von der Zurückbehaltung einer Nachbildung der TestUrschrift, denn letztere kann angesichts der in KGJ. 38 A 147 hervorgehobenen Bedeutung des Schreibstoffs und der Art der Niederschrift für die Beurteilung der Echtheit des Test. erheblich sein.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

§ 2265.

a) Dresden 3. 3. 17, LeipzZ. 17, 888, OLG. 35, 377, SächsOLG. 38, 178. Haben Eheleute in einem verschlossenen Umschlage je eine von ihnen in einer besonderen Urkunde enthaltene letztwillige Verfügung dem Gericht mit der Erklärung übergeben, daß darin ihr gemeinschaftl. letzter Wille enthalten sei, so liegt ein gemeinschaftl. Testament vor, denn die Testatoren wirkten willentlich zu dem Erfolge zusammen, daß das Test. als ein einheitliches Ganzes in die Erscheinung trete (**RG.** 72, 204).

b) Dazu Kretzschmar, LeipzZ. 17, 889, der darauf hinweist, wie sehr es für die Frage, ob ein gemeinschaftl. Test. vorliege, auf die Art der TestErrichtung ankomme, insbes. ob durch die Einheitlichkeit des Errichtungsvorganges die letztwilligen Verfügungen der Ehegatten zu einer formellen Einheit zusammengeschlossen werden. Im gegebenen Falle hätte nach Ansicht des Eins. ein gemeinschaftl. Test. selbst dann vorgelegen, wenn die beiden Schriften nicht in einem verschlossenen Umschlage, sondern — offen oder verschlossen — je für sich übergeben worden wären.

§ 2267.

1. a) **RG.** 14. 6. 17, BayRpflZ. 17, 323, GruchotsBeitr. 61, 932, HansGZ. 17 Bbl. 265 (hier 14. 7. 17), JW. 17, 924, WarnE. 17, 400. Zusätze zu einem eigenhändigen Testament, die nicht bloß einer Erläuterung oder Berichtigung eines Schreibfehlers dienen, sondern eine neue selbständige Verfügung enthalten, bedürfen im allgemeinen einer besonderen Datierung. Regelmäßig wird, wenn das Test. durch Datum und Unterschrift vollständig abgeschlossen ist, eine Beziehung des Datums auf den Nachsatz unstatthaft sein. Etwas anderes kann daraus gefolgert werden, daß dem Zusatze noch eine von der Ehefrau des Testators unterschriebene, mit dem Datum seines Test. versehene Erklärung, daß das vorstehende Test. auch als ihr Test. gelten solle, folgt, wenn der Zusammenhang ergibt, daß es sich um ein zu einer Einheit zusammengefaßtes Test. handelt. Der Umstand, daß der Zusatz nur eine einseitige Verfügung des einen Ehegatten enthält, während das Hauptteſt. in Gemeinschaft mit dem anderen Ehegatten Verfügung trifft, ist nicht ausreichend, dem Zusatze die Bedeutung eines von dem vorhergehenden Test. völlig verschiedenen und deshalb besonderer Datierung bedürfenden selbständigen TestAktes beizulegen. — Ist im Eingange des Test. der Ehemann als am 18. 9. 1842 geboren aufgeführt, so kann auf Grund dieser Angabe der in dem Test. enthaltene Schreibfehler der Datierung („1813" statt „1913") berichtigt werden (**RG.** 64, 243). b) Zustimmend für den gegebenen Fall Herzfelder, JW. 17, 925.

2. Colmar 14. 11. 17, ElsLothrNotZ. 17, 251. Wenn ein eigenhändiges gemeinschaftl. Testament als solches wegen Formmangels ungiltig ist, so ist zu prüfen, ob es nicht den Formvorschriften für das eigenhändige T. des einen Ehegatten, der es geschrieben hat, genügt und als solches unter Berücksichtigung des § 2270 Abs. 2 aufrecht zu erhalten ist.

§ 2268.

KG. 5. 10. 16, OLG. 35, 19, SchlHolstAnz. 17, 121. In Ermangelung besonderer Anhaltspunkte kann nicht angenommen werden, daß die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit eines von ihnen errichteten gemeinschaftl. Testamentes die wesentlich stärkere Wirkung eines Erbvertrags gewollt haben würden.

§ 2269.

1. Marcus, GesuR. 17, 533 empfiehlt die Vereinbarung der allgemeinen und fortgesetzten Gütergemeinschaft statt der Errichtung eines dem § 2269 BGB. entsprechenden Testamentes, durch welches die Geltendmachung des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge nicht ausgeschlossen werden könne.

2. KG. 7. 7. 16, R. 17 Nr. 846. Hat der gemäß §§ 2269 oder 2280 zum Erben eingesetzte überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem gemeinschaftlichen Testament (Erbvertrag) angenommen, so kann der Dritte, an den nach dem Tode des überlebenden Ehegatten der beiderseitige Nachlaß fallen soll, durch einen mit diesem Ehegatten gemäß § 2352 geschlossenen Vertrag auf das ihm Zugewendete verzichten.

3. **RG** 10. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 284. Liegt ein wechselseitiges Testament von Ehegatten vor, nach dessen Inhalt nach dem Tode des Längstlebenden die Intestaterben das alsdann unaufgeteilte Vermögen erben sollen, der Längstlebende jedoch befugt ist, über das ungeteilte Vermögen unter Lebenden ohne Einschränkung frei zu verfügen,

so ist es Frage der Auslegung, ob die längstlebende Ehefrau kraft dieses freien Verfügungsrechtes berechtigt ist, nach ihrer Wiederverheiratung das gesamte Vermögen ihrem zweiten Ehemann zu schenken. Hierauf kann der Umstand von Einfluß sein, daß nach dem gemeinen Recht, unter dessen Herrschaft das Testament errichtet war, Schenkungen unter Ehegatten verboten und nichtig waren. Das freie Verfügungsrecht des Längstlebenden findet dort seine Grenze, wo dieser es mißbraucht, um rechtsgeschäftlich unter Lebenden die ihn letztwillig bindenden Anordnungen des Erstverstorbenen zu hintertreiben.

§ 2270.

1. a) LG. Kiel 6. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 145. Haben die Erblasser in einem gemeinschaftl. Testament sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und ferner bestimmt, daß nach dem Tode des Längstlebenden der gesamte Nachlaß zur Hälfte an die gesetzlichen Erben des Mannes, zur anderen Hälfte an die gesetzlichen Erben der Frau fallen solle, so ist anzunehmen, daß die Absicht der Erblasser lediglich dahin gegangen ist, das gemeinsame Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden zu gleichen Teilen in die Familie eines jeden der Ehegatten zurückfallen zu lassen, ohne daß es etwa dem Manne darauf angekommen ist, welche Verwandte der Frau, oder der Frau, welche Verwandte des Mannes damit bedacht werden sollten. In solchen Fällen hat unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts die Rechtspr. die Korrespektivität der Verfügungen verneint (SeuffA. 50 Nr. 96), dasselbe hat aber für das Recht des BGB. zu gelten, da es nur darauf ankommt, was bei dem gegebenen Tatbestand als Wille der Erblasser anzusehen ist. Hiernach ist der überlebende Ehegatte für befugt zu erachten, über die seinen gesetzl. Erben zugewandte Nachlaßhälfte unter Lebenden frei zu verfügen.

b) Kiel 3. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 217 behandelt einen ähnlich liegenden Fall und verneint unter solchen Umständen eine Beeinträchtigungsabsicht (§ 2287), wenn der insoweit nicht gebundene oder nicht sich gebunden fühlende Erblasser Schenkungen aus seinem Vermögen gemacht habe.

c) Kiel 16. 10. 16, SchlHolstAnz. 17, 217 verneint die Absicht der Beeinträchtigung, wenn der Erblasser Forderungen abgetreten habe, um sein Vermögen im Interesse der Sicherung seines Lebensunterhaltes gegen weitere Beeinträchtigungen zu schützen.

2. Hamburg 8. 7. 16, JDR. 15 Ziff. 2b, auch SeuffA. 72, 326.

3. Hamburg 13. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 85, OLG. 34, 311, R. 17 Nr. 423, SeuffA. 72, 132. Ob und inwieweit bei einem korrespektiven wechselseitigen Testamente der Längstlebende zu Schenkungen berechtigt ist, durch die die Rechte der nach dem Tode des Überlebenden eingesetzten Dritten beeinträchtigt werden, läßt sich nur nach Lage des Falles je nach dem Inhalte des Test. und dem darin ausgedrückten Willen der Erblasser entscheiden. Eine dahingehende Befugnis kann aus der Bestimmung, daß der Überlebende das Recht haben solle, „zu schalten und zu walten, wie es ihm beliebt", gefolgert werden.

4. Dresden 26. 10. 16, LeipzZ. 17, 1281, SächsRpflA. 17, 100. Ist die in einem gemeinschaftl. Testament enthaltene Verfügung der Ehefrau nichtig, weil sie Geschriebenes nicht zu lesen vermag und daher ihre in der Form der gerichtlichen Übergabe einer Schrift vorgenommene letztwillige Verfügung der Vorschrift des § 2238 Abs. 2 nicht entspricht, so spricht nach § 2270 Abs. 2 die Vermutung dafür, daß, sofern nicht besondere Gründe entgegenstehen, auch die Verfügung ihres Mannes, weil zu der ihrigen im Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit stehend, nichtig ist. Im gegebenen Falle sieht das OLG. die Vermutung des § 2270 Abs. 2 als widerlegt an.

§ 2273.

1. Mantey, DNotV. 17, 429 hält es gesetzlich für erforderlich, ein nach dem ersten Erbfalle bereits vollständig bekannt gegebenes gemeinschaftl. Testament nach dem zweiten Erbfalle nochmals zu eröffnen (aM. KGJ. 24 B 5).

2. Rostock 12. 7. 16, OLG. 35, 378. Ist ein in Hamburg errichtetes und bei dem dor-

tigen AG. niedergelegtes gemeinschaftl. Testament nach dem in Lübeck erfolgten Tode der Frau dem AG. in Schwerin, dem derzeitigen Wohnorte des Mannes, nach vollständiger Eröffnung übersandt worden, so liegt die endgültige Zurückbehaltung der Urschrift des Test. dem AG. Lübeck als dem für den Mann zuständigen NachlaßG. ob.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2277.

LGPräsident Braunschweig 1. 9. 16, BraunschwZ. 17, 1. Nach braunschw. Landesrecht (§ 114 braunschw. AGzBGB., §§ 1, 37, 41, braunschw. AGzFGG.) hat ein vor einem Notar errichteter Ehe- und Erbvertrag in der Verwahrung des Notars zu verbleiben und ist nur zur Eröffnung des Erbvertrags an das NachlaßG. abzuliefern (§ 2259), nach der Eröffnung aber dem Notar zurückzugeben.

§ 2278.

BayObLG. 1. 6. 17, R. 17 Nr. 1436. Ist die von den Ehegatten unterzeichnete notarielle Urkunde ausdrücklich als „Erbvertrag" bezeichnet, so spricht dies dafür, daß die Eheleute eine vertragsmäßige Bindung beabsichtigt haben, besonders wenn die Urkunde noch einen ausdrückl. Widerrufsverzicht enthält.

§ 2280.

BayObLG. 21. 9. 17, R. 17 Nr. 1844. Für eine von § 2280 abweichende Auslegung ist kein Raum, wenn ein Erbvertrag bestimmt, daß, falls die Ehefrau zuletzt kinderlos stirbt, ihren seinerzeitigen Nachlaß die Schwestern des Mannes erben sollen.

§ 2300.

KG. 16. 7. 14, OLG. 34, 311. Ob zur Eröffnung eines notariellen Vertrags der Vertrag dem NachlaßG. in Urschrift vorgelegt werden muß, oder ob die Vorlegung einer Ausfertigung genügt, ist streitig (vgl. OLG. 30, 221). Jedenfalls liegt nach Eröffnung einer Ausfertigung des Erbvertrags mit Rücksicht auf die gegen die Wirksamkeit der Eröffnung bestehenden rechtl. Zweifel kein ausreichender Anlaß vor, dem Wunsche der Witwe nach Eröffnung auch noch der Urschrift entgegenzutreten.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

§ 2303.

PrOVG. 10. 12. 15, E. 71, 10. Der sich mit dem Erbfalle vollziehende Erwerb des Pflichtteilsanspruchs ist es, der als Erwerb von Todes wegen der Besteuerung nach dem ErbschaftsStG. (**RG.** 77, 239) unterliegt, aber nach § 7 Ziff. 1 ZuwachssteuerG. von der Zuwachssteuer befreit ist. Eine auf Übertragung eines Nachlaßgrundstücks gerichtetes Abkommen des Erben mit dem Pflichtteilsberechtigten unterliegt dagegen der Zuwachssteuer.

§ 2304.

Josef, ElsLothJZ. 17, 169 erörtert die privatorische Klausel bei Testamenten als einer der Erbeinsetzung beigefügten auflösenden Bedingung (§ 2075), nämlich dahin, daß der berufene Erbe das ihm Zugewendete verlieren solle, wenn er den Bestimmungen des Test. zuwiderhandle. Demgegenüber will, wie dargelegt wird, die Bestimmung des Erblassers, daß der widersprechende Erbe auf den Pflichtteil gesetzt werde, nur eine gesetzl. Folge ausdrücken, die sich aus der vom Erblasser allein gewollten Entziehung des Zugewendeten von selbst ergebe.

§ 2306.

1. KG. 21. 9. 16, KGJ. 49, 68. Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt und ist der hinterlassene Erbteil

größer als die Hälfte des gesetzl. Erbteils, so muß er diese Beschränkung, selbst wenn sie sich nicht in den in § 2338 gezogenen Schranken hält, hinnehmen, ohne eine Befreiung von ihr beanspruchen zu können, es sei denn, daß er sein Pflichtteilsrecht geltend macht und zu diesem Zwecke gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 2 den Erbteil ausschlägt.

2. Dresden 21. 9. 16, SächsOLG. 38, 234. Der Pflichtteilsberechtigte, der die Erbschaft angenommen hat, ist nicht befugt, wegen angeblicher Beeinträchtigung seines Pflichtteils die angeordneten Vermächtnisse zu kürzen.

3. Über Josef, ElsLothNotZ. 17, 169 vgl. unten Ziff. 6 zu § 86 FGG.

§ 2311.

Über das Verhältnis des Abfindungsrechts aus § 1712 Abs. 2 zu dem Pflichtteilsrecht vgl. **RG.** 10. 5. 17 oben Ziff. 1 zu § 1712.

§§ 2325 ff.

1. Dresden 10. 3. 16, SächsOLG. 38, 102 rechnet im gegebenen Falle zu den dem Nachlasse hinzuzurechnenden Schenkungen die der erbenden Witwe bei Lebzeiten ihres Mannes überlassenen Einkünfte des eingebrachten Gutes und über den Rahmen des § 2330 hinausgehende Geldgeschenke.

2. Josef, ABürgR. 42, 319 (Lebensversicherung und Pflichtteilsergänzungsanspruch) — gegen HansGZ. 12 Bbl. 155 (Hamburg) und Petersen, VersWiss. 13, 545 —. Der Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags zugunsten Dritter ist im Zweifel ein Vertrag auf Leistung an Dritte mit der Wirkung, daß der Begünstigte unmittelbar die Forderung auf Auszahlung der Versicherungssumme gegen den Versicherer erwirbt. Der Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme fällt sonach nicht in den Nachlaß; es hat die Lebensversicherung bei der Berechnung des Pflichtteils außer Ansatz zu bleiben. Ein anderes gilt aber für den Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325. Der Pflichtteilsberechtigte kann, insbes. wenn der Erblasser zugunsten der Witwe eine Lebensversicherung genommen hat, verlangen, daß das der Witwe zustehende Versicherungskapital dem Nachlaß hinzugerechnet werde. Zwar ist dieses Kapital als solches nicht im Vermögen des Erblassers gewesen. Dies ist aber auch nicht erforderlich, es genügt vielmehr, daß der hinzuzurechnende Gegenstand an die Stelle von Werten getreten ist, die der Erblasser zum Zwecke der Betätigung der Schenkung weggegeben hat. Das trifft hier zu, da der Erblasser der begünstigten Witwe die Forderung gegen den Versicherer erworben hat für Prämien, die der Erblasser dem Versicherer zahlte. Da der Erwerb des Begünstigten regelmäßig zusammenfällt mit dem Erbfall, so ist nach § 2325 Abs. 2 dem Nachlasse die Versicherungssumme hinzuzurechnen. In den Fällen, wo ausnahmsweise der Begünstigte die Versicherungsforderung vor dem Erbfall erwirbt, ist ihr Wert nach den Umständen des Falles regelmäßig auf den sog. Rückkaufswert festzusetzen und dem Nachlaß hinzuzurechnen.

§ 2338.

Schrifttum: Kretzschmar, Verfügungen des nach § 2338 beschränkten Abkömmlings über seinen Anteil am Nachlasse, DNotV. 17, 408. — Rosenberg, Die Enterbung in guter Absicht.

1. a) Kretzschmar a. a. O. Ein Miterbe kann nur dann, wenn sein Erbteil gemäß § 2338 der Verwaltung eines TestVollstr. unterworfen wird, über seinen Erbteil nicht wirksam verfügen, dagegen wird durch eine dem § 2338 entsprechende Nacherbeinsetzung eine solche Verfügung nicht ausgeschlossen, vielmehr erlangt durch sie der Erwerber den Erbteil, allerdings nur mit der vom Erblasser angeordneten Beschränkung, und mit der Übertragung des Anteils geht das Nutzungsrecht des Abkömmlinges auf den Erwerber über, während sich die in § 863 Abs. 1 ZPO. bestimmte Pfändungsbeschränkung erledigt. Um dem Zwecke der Vorschrift des § 2338 zu genügen, empfiehlt sich daher neben der Einsetzung von Nacherben oder Nach-

vermächtnisnehmern die Ernennung eines verwaltenden TestVollstr. und eines für ihn zutreffendenfalls eintretenden Nachfolgers. Die Ausgestaltung, die die Enterbung aus guter Absicht im BGB. gefunden hat, wird hiernach als wenig zweckmäßig erachtet; der gebotene Weg wäre die Zulassung eines vom Erblasser unmittelbar ausgehenden Veräußerungsverbots der in § 137 BGB. bezeichneten Art gewesen.

b) Zustimmend Heine, DNotV. 17, 469 für den Fall einer gemäß § 2338 angeordneten Testamentsvollstreckung, während im Falle einer gewöhnlichen Testamentsvollstreckung auch dann, wenn ein Miterbe seinen Anteil an dem Nachlasse (§ 2033) auf einen Dritten übertrage, dem TestVollstr. die Verfügungsmacht hinsichtlich der einzelnen Nachlaßgegenstände verbleibe.

2. Heine, gegen Lucas, DJZ. 15, 709, JDR. 14 Ziff. 2. Bei der Zuwendung eines Nachvermächtnisses ist der Vermächtnisnehmer rechtlich nicht verhindert, über den Gegenstand des Vermächtnisses letztwillig zu verfügen, mag es sich um ein Gattungsvermächtnis oder mag es sich um das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes für den Fall handeln, daß der Gegenstand, auch wenn er nicht zur Erbschaft gehört, dem Bedachten zugewendet ist (§ 2169 Abs. 1).

3. *Rosenberg schildert die Entwicklung der exheredatio bona mente vom römischen über das gemeine und partikulare Recht hinweg zum heutigen bürgerl. Recht. Abgesehen von den in § 2338 enthaltenen Beschränkungen sind auf den Abkömmling die §§ 2309, 2310, 2325, desgl. die §§ 2306, 2307, die den § 2338 in eigenartiger Weise modifizieren, anwendbar. Der Anteil des Abkömmlinges am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann einer der Pflichtteilsbeschränkung entsprechenden Beschränkung unterworfen werden.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

§§ 2346 ff.

Dresden 29. 1. 15, OLG. 34, 315. Ein beschränkter Erbverzicht in dem Sinne, daß der Vertragserbe sich gewissen beschränkenden Bestimmungen des Erblassers vertragsmäßig unterwirft, ist zulässig (Kretzschmar, JW. 14, 1122; **RG.** 71, 133). Für den Erbverzicht gelten, soweit sich nicht aus §§ 2347, 2348 etwas anderes ergibt, die allgemeinen Vertragsgrundsätze. Die für den Erbvertrag gegebenen §§ 2281 ff. verb. mit § 2078 gelten nicht für den Erbverzicht. Eine beachtliche Anfechtung erfordert also einen Irrtum i. S. des § 119.

Achter Abschnitt. Erbschein.

§ 2353.

I. Antragsbefugnis.

LG. Darmstadt 18. 11. 16, HessRspr. 17, 363. Zu dem Antrag auf Erteilung eines Erbscheins ist auch der Nachlaßkonkursverwalter berechtigt.

II. Erteilung des Erbscheins.

KG. 28. 6. 17, R. 17 Nr. 1846. Die Ausstellung eines Erbscheins darf nicht davon abhängig gemacht werden, daß der Antragsteller Angaben über die Grundlagen der Gebührenberechnung macht.

III. Inhalt.

1. Karlsruhe 3. 3. 17, BadRpr. 17, 87, OLG. 35, 379. Der Grund der Berufung braucht in dem Erbscheine nur insoweit angegeben zu werden, als dies zur Bezeichnung des Umfanges des Erbrechts erforderlich ist (KGJ. 29 A 65). Jedenfalls genügt die wahlweise Bezeichnung des Berufungsgrundes.

2. KG. 15. 5. 17, R. 17 Nr. 1845. Der Erbschein hat den Tag anzugeben, an dem das Recht des Erben begonnen hat, regelmäßig also, wenn Erbfall und Erbanfall

zusammentreffen, den Todestag des Erblassers. Der einem Nacherben erteilte Erbschein hat außerdem den Tag anzugeben, an dem diesem die Erbschaft angefallen ist („Erbe seit . . ."); einer weiteren Erwähnung der Vorerbschaft bedarf es nicht.

§ 2356.

KG. 5. 10. 16, JDR. 15 (über die Beweiskraft der Sterbenachricht des Zentral-Nachweise-Bureaus des preuß. Kriegsmin.), auch KGJ. 49, 75.

§ 2358.

1. Großherzogl. hess. JM. 28. 1. 17, BayNotZ. 17, 359. Zum Zwecke der Entschließung wegen der Erteilung eines beantragten Erbscheins hat der Nachlaßrichter ein ihm vorgelegtes Testament nicht nur daraufhin zu prüfen, ob es formgerecht errichtet und zum Nachweise des behaupteten Erbrechts geeignet sei, sondern auch, ob der Erblasser zur Errichtung der Verfügung berechtigt war, z. B. das testierfähige Alter hatte oder bei Errichtung der Verfügung geschäftsunfähig oder entmündigt war.

2. BayObLG. 6. 8. 17, BayObLG. 18, 168, BayRpflZ. 17, 360, R. 17 Nr. 2033. Wird unter Anführung bestimmter Umstände behauptet, daß ein älteres Testament vorliege, so darf diese Behauptung, da das Test. für Auslegung des neueren erheblich sein kann und mit der Möglichkeit eines teilweisen Inkraftbleibens der älteren Verfügungen zu rechnen ist, nicht unberücksichtigt bleiben.

§ 2359.

Rostock 21. 12. 16, MecklZ. 35, 261. Die Tatsache einer falschen Beurteilung des der Erteilung eines Erbscheins zugrunde liegenden Testaments stellt allein ein Verschulden des Nachlaßrichters nicht dar, solange seine Auslegung nicht gegen feststehende Auslegungsregeln oder anerkannte Rechtsbegriffe verstößt, und wenn er es an gewissenhafter Prüfung nicht hat fehlen lassen.

§ 2360.

1. KG. 13. 6. 16, OLG. 34, 317. § 2360 Abs. 2 verlangt nicht etwa eine Anhörung über die Auslegung einer Verfügung von Todes wegen, sondern nur über ihre Gültigkeit soll derjenige gehört werden, der im Falle ihrer Unwirksamkeit Erbe sein würde. „Untunlich" (i. S. des § 2360 Abs. 3) ist eine Anhörung nicht bloß, wenn sie unausführbar ist, sondern auch, wenn sie unverhältnismäßig schwierig oder mit erheblichen Verzögerungen verbunden wäre.

2. BayObLG. 22. 8. 17, R. 17 Nr. 2034. Der Umstand, daß bereits ein Streit über das Erbrecht oder dessen Voraussetzungen anhängig ist, steht der Erteilung des Erbscheins nicht entgegen.

3. KG. 3. 2. 16, OLG. 34, 318. Zulässig ist es, das Erbscheinsverfahren bis zur Entscheidung eines für die Feststellung des Erbrechts erheblichen Rechtsstreits auszusetzen. Bildet diese Anordnung den Abschluß des Beschwerdeverfahrens, so ist dagegen das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig. **RG.** RJA. 14, 85 betrifft den Fall, daß trotz der Aussetzung das Verfahren bei dem BeschwerdeG. noch anhängig bleibt.

§ 2361.

1. KG. 10. 5. 17, OLG. 35, 367. Ein Erbschein ist auch dann einzuziehen, wenn er ein Nacherbenrecht nicht erwähnt (OLG. 11, 267). Eine Nacherbeinsetzung darf aber nur dann als angeordnet angenommen werden, wenn sie unzweifelhaft gewollt ist (§ 2102).

2. KG. 16. 3. 16, KGJ. 49, 83. Ein Nachlaßgläubiger ist jedenfalls dann, wenn er einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Schuldtitel nicht besitzt (§ 792 ZPO.), nicht berechtigt, die Einziehung eines Erbscheins nach seinem Schuldner im Beschwerdewege zu betreiben (FGG. § 20).

§ 2363.

1. Dresden 11. 11. 16, DJR. 15 Ziff. 2, auch SächsOLG. 38, 41.

2. KG. 29. 6. 16, KGJ. 49, 79. Ist vom Erblasser für den Fall, daß der zunächst eingesetzte Nacherbe den Eintritt des Falles der Nacherbfolge nicht erlebt, ein anderer als Nacherbe eingesetzt (Ersatzerbe), so ist auch dieser in dem für den Vorerben zu erteilenden Erbschein anzugeben.

3. Vgl. auch Ziff. III 2 § 2353 (Inhalt des dem Nacherben zu erteilenden Erbscheins)

§ 2368.

1. Colmar 17. 3. 17, ElsLothNotZ. 17, 136, ElsLothJZ. 17, 212. Die Erteilung des TestVollstrZeugnisses liefert den Beweis für die Annahme des Amtes.

2. KG. 18. 11. 15, OLG. 34, 319. Ist von drei Testamentsvollstreckern einer fortgefallen, so dürfen die übrig gebliebenen allein handeln (§ 2224 Satz 2). Hätte der Erblasser ein anderes bestimmt, so müßte dies im TestVollstrZeugnis vermerkt werden (KGJ. 31, 94; 22, 269). Nach §§ 2365, 2368 Abs. 2 spricht daher die Vermutung dafür, daß solches nicht angeordnet ist.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2371.

RG. 9. 11. 16, R. 17 Nr. 71, WarnE. 16, 281. Auch der Bruchteil einer Erbschaft kann im Wege des Erbschaftskaufs veräußert werden. Durch den Erbschaftskauf wird nur eine schuldrechtl. Verpflichtung des Verkäufers begründet. Dies gilt auch für den Fall, daß Verkäufer der Vorerbe ist. Ein Anspruch des Käufers gegen den Nacherben aus den von dem Vorerben eingegangenen schuldrechtl. Verpflichtungen wird daher durch den Erbschaftskauf nicht begründet, wenigstens dann nicht, wenn das Rechtsgeschäft nicht eine Maßnahme zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses darstellt. Vgl. auch zu § 2112.

§ 2383.

RG. 26. 3. 17; 90, 91 (98). Der Begriff der Nachlaßverbindlichkeit, für die der Erbschaftskäufer haftet, ist der gleiche wie der hinsichtlich der Haftung des Nacherben im § 2144 bestimmte.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Internationales Privatrecht.

Artt. 7—31.

Zitelmann, NiemeyersZ. 27, 177, schlägt vor, die Bezeichnung „internationales Privatrecht“ als Inbegriff der Rechtssätze über die Anwendungsbereiche der Privatrechtsordnungen verschiedener Staaten im Verhältnis zueinander durch den Ausdruck „Zwischenprivatrecht“ zu ersetzen. Auf dem Gebiete des Privatrechts kämen dann folgende, vielfach sich schneidende Begriffe in Betracht: Völkerrecht, Fremdenprivatrecht, Weltprivatrecht, Zwischenprivatrecht.

Rechtsannäherung der Mittelmächte.

Zehntbauer, Einführung in die neuere Geschichte des ungarischen Privatrechts. Freiburg 1916.

Heymann, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn. Tübingen 1917.

Peter Klein, JBl. 17, 75 (Mitteleuropäische Privatrechtsannäherung oder Privatrechtsausgleichung), berichtigter und ergänzter Abdruck aus ÖstAGZ. 68, 221—223, bespricht die Bestrebungen, die sich teilweise auf das Verlangen nach bloßer „inhaltlicher Rechtsannäherung" beschränken, teilweise, soweit dies möglich, sich für eine Rechtsvereinigung, „materielle" und „formelle" Rechtseinheit ausgesprochen haben. Verf. empfiehlt, soweit eine solche Einheit des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Ungarn und Bulgarien möglich und wünschenswert sei, eine „Rechtsausgleichung" anzustreben und durch eine einheitliche Rechtsprechung zu sichern, im übrigen aber, soweit eine Vereinheitlichung nicht möglich oder empfehlenswert sei, an eine Gesamtdarstellung (nach dem Vorbilde des deutschen Privatrechts) heranzutreten.

Weißler, DNotV. 17, 357 (Mitteleuropäisches Nachlaßwesen) empfiehlt für die mitteleuropäischen Staaten die Schaffung eines gemeinsamen Erbrechts, mindestens aber eine gemeinsame Gesetzgebung über das Nachlaßverfahren.

Art. 10.

Hubrich, GruchotsBeitr. 62, 1. Begriff und Entstehung der moralischen Personen nach dem preuß. ALR. und ihre wechselvolle Beurteilung durch die preuß. Theorie und Praxis.

Art. 11.

I. Schuldverhältnisse.

1. Bittinger, DJZ. 17, 979 (Zur sog. Statutenkollision bei gegenseitigen Verträgen). Deutsches Recht ist anzuwenden, solange es die Anwendung eines fremden Rechts nicht vorschreibt. Ein gegenseitiger Vertrag ist nur nach einem Rechte zu behandeln, und dieses ist dann das deutsche, wenn außer ihm zwar ein anderes noch in Betracht kommen könnte, aber weder Vereinbarung noch Auslegung des Vertrags dessen Anwendung rechtfertigen.

2. a) **RG.** 6. 3. 17, R. 17 Nr. 1660. Bei Schuldverhältnissen aus Verträgen ist grundsätzlich das Recht des für die streitige Verpflichtung gegebenen Erfüllungsortes maßgebend.

b) **RG.** 15. 5. 17, WarnE. 17, 267. Haben die Parteien Zürich als Erfüllungsort vereinbart, hat die eine Partei ihren Sitz in der Schweiz und sind die grundlegenden Vereinbarungen in der Schweiz getroffen worden, dann ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei, nach schweiz. Recht beurteilt worden ist.

3. **RG.** 27. 2. 17, R. 17 Nr. 849, WarnE. 17, 232. Haben die in Amerika wohnhaften Parteien zur Beendigung eines vor amerikan. Gerichten schwebenden Rechtsstreits vor diesem in englischer Sprache einen Vergleich geschlossen, dessen Gegenstand und Erfüllungsort in Amerika belegen ist, so ist es ausgeschlossen, als Sitz des Schuldverhältnisses ein anderes Gebiet als den Bereich des amerikan. Rechts anzusehen.

4. Stuttgart 21. 12. 16, R. 17 Nr. 424. Wenn für die Frage, wann und wodurch der Bekl. das Eigentum an einer Sache erwarb, belgisches Recht nach dem Gesetze maßgebend ist, können die Parteien nicht im Rechtsstreite vereinbaren, der Streit solle nach deutschem Recht entschieden werden.

II. Eheschließungsform.

1. **RG.** 6. 4. 16, JDR. 15 zu Artt. 11, 13, auch SeuffA. 72, 105, StB. 17, 61.

2. Karlsruhe 28. 3. 17, LeipzZ. 17, 1012, OLG. 35, 358. Eine von einem russisch-polnischen Juden mit einer evangelischen Deutschen vor dem Zivilstandsbeamten in England geschlossene Ehe ist sowohl nach russischem als auch nach engl. Recht nichtig. Das russ. Ehegesetz f. d. ehem. Königreich Polen v. 16./28. 3. 1836 versagt polnischen Juden schlechthin jedes connubium mit Christen aller Bekenntnisse. Das engl. Recht aber, welches seit 1836 (Parl. Akte 6 u. 7 William IV c. 85) die fakultative zivilstandesamtliche Eheschließungsform vor dem Registrar of Marriages allgemein zugelassen hat, hat gerade

für die — früher auch in England verbotenen — Eheschließungen zwischen Juden und Christen eine Ausnahme gemacht und dafür auch noch i. J. 1909 ausschließlich die christl. kirchl. Trauungsform erfordert.

3. Karlsruhe 18. 4. 17, OLG. 35, 343. Als ein Rechtsgeschäft i. S. des Art. 11 Abs. 2 ist auch die Eheschließung anzusehen, und die Vorschriften über die religiöse Trauung sind Formvorschriften i. S. des Art. 11 Satz 2. Der deutsche Standesbeamte hat das Eheaufgebot abzulehnen, bis ihm nachgewiesen ist, daß die von dem russischen Ehemann, der sich wieder verheiraten will, in Genf standesamtlich geschlossene Ehe aufgelöst ist.

4. SächsMJ. 24. 5. 16, FischersZ. 46, 99, StB. 17, 125. Ein in Österreich per procuratorem (Stellvertreter) geschlossene Ehe ist, wenn die Stellvertretung von der Landesstelle bewilligt worden ist (§ 76 österr. ABGB.), in Deutschland als gültig anzuerkennen.

III. Testamentsform.

1. AG. Straßburg 24. 7. 16, ElsLothNotZ. 17, 95; bestätigt vom LG. Straßburg 6. 9. 16, a. a. O. 105. Ein von einem Inländer im Auslande (z. B. in Belgien) errichtetes Testament ist gültig, wenn es entweder in der Form des deutschen oder in der Form des am Orte der Errichtung geltenden ausländischen Rechtes errichtet ist. Nach dem in Belgien geltenden Art. 970 code civil gilt ein Test. erst errichtet, wenn der Erblasser seine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung mit der Tagesangabe versehen und so abgeschlossen hat. Der Erblasser kann also seine Erklärung im Deutschen Reiche niederschreiben und unterschreiben und diesen Entwurf in Belgien zum gültigen Testament dadurch machen, daß er dort die Tagesangabe beifügt. Die Angabe des Errichtungsortes ist nicht erforderlich.

2. Hamburg 2. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 252, LeipzZ. 17, 1196, OLG. 35, 295, SeuffA. 72, 313. Die Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 (locus regit actum) ist eine absolute Kollisionsnorm sowohl gegenüber dem Art. 13 Abs. 1, als auch gegenüber dem Art. 25 (**RG.** 88, 192; 43, 156). Daher ist das in Hamburg errichtete eigenhändige Testament eines Holländers gültig, auch wenn das holländische Recht die Gültigkeit eines im Ausland errichteten eigenhänd. Test. nicht anerkennt.

Art. 13.

RG. 3. 5. 17, R. 17 Nr. 1445. Eine zwischen Angehörigen verschiedener Staaten geschlossene Ehe soll nur gültig sein, wenn sie nach dem Rechte eines jeden der Heimatstaaten Gültigkeit besitzt. Als Deutscher kann sich daher der klagende Ehemann auf deutsches Recht berufen und geltend machen, daß er sich bei der Eheschließung in einem nach deutschem Rechte erheblichen Irrtum über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten befunden habe. Zu dem gleichen Ergebnis führt Art. 1 Haager Abk. v. 12. 6. 02.

Art. 15.

1. KG. 30. 9. 15, OLG. 34, 320. Art. 15 bezieht sich überhaupt nur auf die unter neuem Recht geschlossenen Ehen. Der Gesetzgeber hat den Artt. 7—31 keine rückwirkende Kraft beilegen wollen, vielmehr ist durch Art. 200 außer Zweifel gestellt, daß bei der Feststellung eines Güterstandes einer vor 1900 geschlossenen Ehe die erst durch das EG. eingeführten international-privatrechtl. Grundsätze und Regeln außer Anwendung zu bleiben haben.

2. Neubecker veröffentlicht ABürgR. 42, 331 ein von ihm in einer Prozeßsache erstattetes Gutachten, welches die Rechtslage der französischen Errungenschaftsgemeinschaft im intertemporalen und internationalen Privatrecht zum Gegenstande hat.

Art. 17.

1. Karlsruhe 17. 5. 17, BadRpr. 17, 89. Von einem deutschen Gericht kann auf die Scheidung der Ehe österreichischer Staatsangehöriger dann nicht erkannt werden,

wenn auch nur einer der Ehegatten schon zur Zeit der Eheschließung der kathol. Religion zugetan war (§ 111 Satz 2 österr. BGB.). Dies gilt auch dann, wenn die Ehe außerhalb Österreichs geschlossen worden ist und keiner der Eheleute daran gedacht hatte, den Wohnsitz nach Österreich zu verlegen. § 4 österr. BGB. trifft nicht zu.

2. **RG.** 10. 5. 17, WarnE. 17, 330. Für Ehescheidungsklagen schwedischer Staatsangehöriger in Deutschland ist die Zuständigkeit der deutschen Gerichte von der schwed. Gesetzgebung anerkannt. Wird die Klage auf Ehebruch des anderen Ehegatten gestützt, so war nach dem vor dem 1. 1. 16 in Schweden geltenden Recht dieser Scheidungsgrund bei Strafe seines Verlustes innerhalb eines Jahres nach erhaltener Kenntnis geltend zu machen. Daß daneben noch eine gesonderte Strafanzeige erforderlich gewesen sei, läßt sich aus der in Betracht kommenden schwed. Vorschrift vom Jahre 1798 nicht entnehmen. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1574 BGB.

Art. 19.

Dresden 19. 4. 16, JW. 17, 374, SächsOLG. 37, 392. Ein österreichischer Staatsangehöriger kann gegen seine Ehefrau in Deutschland auf Herausgabe des gemeinschaftlichen Kindes klagen, da das österr. Recht eine dem § 1632 BGB. entsprechende materiell-rechtliche Vorschrift enthält. Der Umstand, daß nach österr. Recht der Streit der Eltern nicht im Prozeßwege, sondern im außergerichtlichen (offiziösen) Verfahren zu verfolgen ist, steht einer in Deutschland zu erhebenden Klage nicht entgegen, da es sich insoweit nur um eine das Verfahren betreffende Zweckmäßigkeitsvorschrift handelt. Der Anspruch kann übrigens, wenn das Kind im Inlande vorenthalten worden ist, auch auf § 823 BGB. gestützt werden.

Art. 20.

Kassationshof in Haag 5. 1. 17, FürsZBl. 9, 41 (Mitteilung von Stibbe). Klagt das uneheliche Kind einer in Deutschland wohnhaften Deutschen durch seinen in Holland wohnhaften Vormund, dessen Wohnsitz es nach holländischem Rechte teilt, gegen seinen in Holland wohnhaften Vater auf Unterhalt, so ist das für den Wohnsitz des Vormundes zuständige ProzeßG. zur Entscheidung zuständig. Die Frage des Wohnsitzes gehört nicht zum statutum personale.

Art. 22.

Wefers, StandesA. 17, 144, 152. Die Legitimationen vorehelich geborener Kinder von Ausländern.

Art. 23.

I. Hamburg 11. 12. 16, OLG. 34, 271. Voraussetzung der Anordnung einer Pflegschaft aus Art. 23 ist, daß überhaupt Anlaß zur Einleitung einer Pflegschaft gegeben ist. Deshalb reicht die Erwägung, daß der Vater rechtlich nicht in der Lage sei, Unterhaltsansprüche seiner minderjährigen Kinder in deren Namen gegen sich selbst geltend zu machen, zur Feststellung, daß Anlaß zur Einleitung einer Pflegschaft vorliege, nicht aus, vielmehr ist zu untersuchen, ob der Vater tatsächlich seiner Unterhaltspflicht nicht genügend nachkommt.

II. Abwesenheitspflegschaft für Ausländer.

1. KG. 8. 12. 16, JW. 17, 173. Zur Bestellung eines Abwesenheitspflegers für einen Angehörigen des feindl. Auslandes liegt jedenfalls dann kein Anlaß vor, wenn der Abwesende vom Standpunkte seines Heimatrechts aus der Fürsorge nicht bedarf, denn dann kann von der Möglichkeit einer „Übernahme" der Fürsorge i. S. des Art. 23 nicht wohl die Rede sein. Deshalb ist im Inlande für die Bestellung eines Abwesenheitspflegers kein Raum, wenn der Ausländer (Engländer) in seinem Heimatstaate lebt und sein Aufenthalt bekannt ist.

2. Colmar 22. 11. 16, ElsLothJZ. 17, 6, ElsLothNotZ. 17, 1 hält die Bestellung von Abwesenheitspflegern für im Auslande befindliche Ausländer, die Mit-

glieder einer GmbH. sind, für zulässig, um sie bei der Abtretung ihrer Geschäftsanteile gegen Empfang von 10 v. H. des reduzierten Wertes der Anteile an zuzahlende Gesellschafter zu vertreten, wenn diese Abtretung sich als notwendige Voraussetzung der Ausübung ihres Rechts bei der Beschlußfassung der Generalversammlung gemäß der BRVO. v. 8. Okt. 1914 (RGBl. 428) darstellt.

3. Colmar 19. 4. 17, ElsLothJZ. 17, 208, ElsLothNotZ. 17, 129. Da das französische Recht ein Fürsorgebedürfnis für Abwesende kennt (art. 112ff. code civil), so ist gemäß Art. 23 EGBGB. die Voraussetzung für die Bestellung eines Abwesenheitspflegers für einen franz. Staatsangehörigen gegeben, auch wenn dessen Aufenthaltsort in Frankreich bekannt ist. Fraglich scheint, ob von diesem Rechte bei dem gegenwärtigen Kriegszustande Gebrauch zu machen ist, weil trotz der Sperre des unmittelbaren Postverkehrs die Möglichkeit besteht, eine Vollmacht durch Vermittlung eines neutralen Auslandsstaates hierher gelangen zu lassen.

III. Stuttgart 10. 12. 15, BoschersZ. 17, 37, 61. Ein Vormund im Staate New York ist angesichts des dort herrschenden Territorialitätsprinzips nicht berechtigt, den Minderjährigen hinsichtlich des im Auslande befindlichen unbeweglichen und beweglichen Vermögens zu vertreten. Die Vertretungsbefugnis eines New Yorker Vormundes beschränkt sich auf das dortige Staatsgebiet, weshalb auch ein deutscher Schuldner nicht mit befreiender Wirkung an ihn leisten kann. Vgl. OLG. 24, 50 (Darmstadt); der gegenteiligen Meinung OLG. 5, 100 (KG.) hinsichtlich des beweglichen Vermögens u. WürttZ. 54, 115 (Karlsruhe) hinsichtlich der Befugnis des amerikanischen Vormundes zur Einziehung des im Auslande befindlichen Mündelvermögens wird nicht beigetreten.

Art. 25.

1. KG. 23. 12. 15, OLG. 34, 271. Die russisch-deutsche Nachlaßkonvention v. 12. 11. 1874 setzt zu ihrer Durchführung geordnete völkerrechtliche und diplomatische Beziehungen zwischen Deutschland und Rußland voraus und muß daher unbedenklich für die Dauer des Kriegszustandes als außer Wirksamkeit getreten erachtet werden. Soweit etwa infolge internationalen Herkommens (KGJ. 36 A 85) angenommen werden könnte, daß trotz des Krieges wegen Schutzbedürftigkeit des Nachlasses eines Ausländers Anlaß zum Einschreiten gegeben sei, wenigstens dann, wenn die Sicherung der Erben auch im deutschen Interesse läge, könnte das Schutzbedürfnis nur nach deutschen Gesetzen geprüft werden.

2. KG. 7. 12. 16, DJZ. 17, 903. Nach dem Rechte der Ver. Staaten von Nordamerika richtet sich die Vererbung des Grundeigentums eines Amerikaners nach dem Rechte des Staates, in dem das Grundstück liegt. Findet hiernach insoweit ein Erbgang bei deutsch. Grundbesitz eines Amerikaners nach deutsch. Recht statt, so ist auch das nach § 73 FGG. zuständige Gericht zur Eröffnung seines Testamentes berechtigt.

Artt. 25, 27.

BayObLG. 12. 10. 17, BayRpflZ. 17, 391, OLG. 35, 380. Art. 28 Nr. 2 des schweiz. BundesG. v. 25. 6. 1891 unterwirft hinsichtlich der Beerbung den im Ausland (z. B. in Deutschland) verstorbenen Schweizer dem Rechte seines Heimatkantons. Eine Zurückverweisung auf das deutsche Recht enthält das schweiz. Recht nicht. Art. 27 verbietet die Anwendung des schweiz. Rechtes nicht.

Art. 30.

1. Hartmann, LeipzZ. 17, 1116. Die Vorschrift des § 978 BGB. ist öffentl.-rechtl. Natur und schließt daher die Anwendung der Rechtssätze des internationalen Privatrechts aus. Wird daher eine Sache auf einem deutschen Handelsschiffe in einem ausländischen Hafen gefunden, so findet deutsches Recht Anwendung. Die gegenteilige Auffassung HansGZ. 04 Bbl. 202, SeuffA. 60 Nr. 104, OLG. 10, 114 (Hamburg), JDR. 3 Ziff. 4 zu §§ 965ff. wird nicht gebilligt.

2. Hamburg 13. 7. 17, R. 17, 519 KriegsE. Nr. 968. Die Vorschriften der feindlichen Staaten über die Sequestration deutschen Vermögens sind in Deutschland als rechtsgültig nicht anzuerkennen. Der in Deutschland wohnhafte Inhaber des in Rußland unter Sequestration gestellten Geschäfts kann daher nach wie vor über seine aus dem Geschäft herrührenden Forderungen mit rechtlicher Wirkung verfügen.

3. **RG.** 21. 12. 16, JW. 17, 365, LeipzZ. 17, 924, R. 17 Nr. 425. Nach englischem Recht können männliche Personen vom vollendeten 14., weibliche vom vollendeten 12. Lebensjahr ab die Ehe schließen, bis zum vollendeten 21. Jahre bedürfen sie jedoch der elterlichen Zustimmung. Eine ohne diese Zustimmung geschlossene Ehe ist zunächst gültig. Dieser Rechtszustand ist im wesentlichen der gleiche wie nach deutschem Recht, nur ist hier die Ehe eines Geschäftsunfähigen für nichtig erklärt, also auf die Altersgrenze des § 106 BGB. verwiesen. Daß die Ehe eines Minderjährigen nach § 1331 BGB. anfechtbar ist, begründet keinen sachlichen Unterschied gegenüber dem engl. Recht, denn auch die in England formell gültig abgeschlossene Ehe kann aus diesem materiellrechtlichen Grunde unter Wahrung der Anfechtungsfrist angefochten werden. Denkbar ist aber, daß die Anerkennung einer in England geschlossenen Ehe deshalb gegen den Zweck des deutsch. Gesetzes verstoßen könnte, weil die persönlichen Verhältnisse der Brautleute nicht in so vorsichtiger Weise, wie es nach §§ 45, 46 DPStG. geschieht, klargestellt worden sind und hierdurch eine Umgehung der deutschen Gesetze ermöglicht worden ist.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 41.

1. Stuttgart 12. 1. 17, JDR. 15 lit. b über die vormundschaftliche Genehmigung zu der Entlassung aus dem Staatsverband auch BoschersZ. 17, 126, WürttRpflZ. 17, 59.

2. a) WürttJM. v. 15. 3. 17, FürsZBl. 9, 77 ordnet an, daß die VormG. die bei ihnen einkommenden Anträge auf Entlassung Minderjähriger aus der deutschen Staatsangehörigkeit, soweit sie männliche Personen von mehr als 14 Jahren betreffen, vor der Entscheidung zur Kenntnis der für ihren Landgerichtsbezirk zuständigen Staatsanwaltschaft bringen und diese von der getroffenen Entschließung benachrichtigt werde.

b) Ebenso PreußMJ. 1. 10. 17, JMBl. 325, FürsZBl. 9, 179 wegen aller bei den VormG. eingehenden Anträge und ergehenden Beschwerdeentscheidungen.

3. Josef, ElsLothJZ. 17, 303 hält das VormG. seiner ganzen Anlage nach nicht für berufen, bei seiner Entschließung andere Interessen als die des Mündels, insbes. solche des Reichs oder des Staates an der Erhaltung der Wehr- und Steuerkraft wahrzunehmen.

Art. 44.

Privilegierte Militärtestamente.

Schrifttum: Frese, ZBlFG. 17, 505 bespricht an der Hand der geschichtl. Entwicklung das heutige bevorrechtigte Militär- und Marinetestament und empfiehlt, an dem Erfordernisse der Schriftlichkeit der Verfügung wenigstens für das Heer nicht festzuhalten.

I. Voraussetzung der Errichtung.

1. BayObLG. 6. 5. 16, OLG. 34, 303. Die Befugnis zur Errichtung eines Militärtestamentes nach § 44 RMilG. beginnt erst mit dem Tage, an dem der Erblasser zu seinem Regiment „abgestellt" worden ist, nicht schon an dem Tage, an dem er als Ersatzreservist zum Heere eingerückt ist.

2. KG. 6. 4. 16, OLG. 34, 303. Wesentlich ist, ob dem Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung ein Standquartier angewiesen war. Eine solche Anweisung kann möglicherweise schon in dem Befehle, sich bei dem Bezirkskommando zu melden, enthalten sein.

3. BayObLG. 26. 5. 16, BayObLG. 17, 115. Ein zu einem Ersatzbataillon ein-

gerückter Soldat gehört nicht zu denjenigen Personen, die nach § 44 RMilG. wirksam letztwillig verfügen können.

4. Fuchs, DJZ. 17, 863. Die (nach den hierüber getroffenen Abkommen) in neutralen Ländern internierten sog. halbinvaliden Kriegsgefangenen deutscher Staatsangehörigkeit sind in der Gewalt des Feindes verblieben und können sich daher der privilegierten Testamentsform des § 44 RMilG. bedienen.

II. Form.

1. KG. 17. 2. 16, JDR. 15 Ziff. II 3 zu Art. 44, auch KGJ. 48, 59, RJA. 15, 110.

2. KG. 28. 9. 16, DJZ. 17, 137, RJA. 15, 117 über die Bedeutung der „Unterschrift", nämlich daß sie die Erklärung des letzten Willens räumlich abschließt, ihren Text deckt und gegen spätere Zusätze schützt (**RG.** 52, 277, 280; 57, 66, 67; 67, 7, 9) oben Ziff. II 1 zu § 2231 BGB.

3. LG. Kiel 8. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 146. Eine „Mitunterzeichnung durch einen Offizier" i. S. des § 44 Nr. 2b RMilG. liegt nur dann vor, wenn die Unterschrift des Offiziers erkennbar sich auf den Inhalt des Testamentes bezieht und nicht nur eine Beglaubigung der Unterschrift des Testators darstellt. Ob das eine oder andere gewollt ist, ist nach der Beschaffenheit der Urkunde und unter Berücksichtigung der obwaltenden Verhältnisse zu bestimmen. (Im gegebenen Falle ist Gewicht darauf gelegt, daß das Testament augenscheinlich im Amtszimmer des Marinegerichts, wie das Äußere erkennen lasse, und nach dem Entwurfe des Gerichtsoffiziers, wie die gebrauchten Ausdrücke ergeben, zur Entstehung gelangt sei und mit der Fassung anderer, von Angehörigen desselben Schiffes hinterlassener Testamente übereinstimme, hiernach aber nicht nur die Absicht einer Beglaubigung der Unterschrift anzunehmen sei.)

III. Einwirkung der BRVO. v. 10. 3. 17, RGBl. 219, auf das Formerfordernis des priv. Militärtestaments.

1. Leonhard, JW. 17, 760 (Rückwirkende Kraft der Formerleichterung für eigenhändige Testamente). Ob ein allen gesetzlichen Voraussetzungen der einen oder anderen Art genügendes eigenhändiges Testament als priv. Militärtestament oder als eigenhändiges i. S. des § 2231 Nr. 2 BGB. anzusehen sei, muß durch Auslegung seines Inhaltes auf Grund aller aus der Urkunde selbst ersichtlichen oder allgemein bekannten, für den Willen des Erblassers maßgebenden Umstände entschieden werden. Die Annahme, daß im Zweifel die umfassendere Wirkung gewollt sei, entspricht nicht der Lebenserfahrung, zumal unklar ist, welche der beiden Arten die umfassendere Wirkung haben soll. Die Wirkung des priv. Testaments ist zwar zeitlich beschränkt, aber mit den besonderen Wirkungen des § 44 Nr. 5 RMilG. ausgestattet. Die durch § 1 der BRVO. v. 10. 3. 17 geschaffene Formerleichterung — Wegfall des Erfordernisses der Angabe des Ortes der Errichtung — hat an der bisherigen Rechtslage bei priv. Militärtestamenten nichts geändert, da schon nach § 44 Nr. 2a RMilG. die Angabe des Ortes der Errichtung nicht erforderlich war. Durch die rückwirkende Kraft der Formerleichterung, wie sie § 5 der BRVO. v. 10. 3. 17 vorsieht, werden nicht etwa die bisher formgültig errichteten priv. Militärtestamente nunmehr zu ordentlichen, die ohne zeitliche Begrenzung wirksam wären (aM. anscheinend Dronke, JW. 17, 500). Die Rückwirkung soll nur Formmängel heilen, nicht aber den gewollten Inhalt formgültiger Geschäfte umgestalten.

2. Vgl. auch die Bemerkungen von Josef, R. 17, 377 über die Einwirkung der BRVO. auf die Tätigkeit des NachlaßG., wonach der im Hinblick auf die Ungültigkeit eines eigenhändigen Testamentes dem gesetzlichen Erben erteilte Erbschein einzuziehen ist, wenn auf Grund der BRVO. nunmehr das Test. als gültig anzusehen ist, und wonach der gesetzliche Erbe als Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe der Erbschaft oder wenigstens der noch vorhandenen Bereicherung an den TestErben verpflichtet ist (§§ 2018, 2021 BGB.).

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 57.

Friedrichs, DJZ. 17, 988 behandelt den Fall der zurzeit noch die Gerichte beschäftigenden Entmündigung des Prinzen Friedrich Leopold von Preußen (Sohn), insbes. die Frage der Zulässigkeit des auf einer Allerh. KabO. v. 16. 6. 17 beruhenden Verfahrens.

Art. 58.

1. BayObLG. 4. 7. 16, JDR. 15 Ziff. 3, auch E. 17, 161.

2. BayObLG. 1. 6. 17, E. 18, 95, R. 17, 390. Auch wenn man die Besoldungen, Pensionen und Personalabfindungen standesherrlicher Beamten, deren Zahlung auf die Renten der Standesherrschaft angewiesen ist, als Reallasten betrachtet (SeuffBl. 26, 300; 27, 85), kommt doch diese Eigenschaft solchen Abfindungen nicht zu, die lediglich aus Billigkeitsgründen bei Kündigung vor Eintritt des Pensionsfalls gewährt werden.

Art. 59.

I. Familienfideikommisse (und Familienstiftungen).

A. Preußen.

Schrifttum: Schneider, DJZ. 17, 282. Der Entwurf zu einem preuß. Fideikommißgesetze. — Kraus gibt SchlHolstAnz. 17, 1, 17, 33 eine ausführliche aktenmäßige Darstellung des Rechtes der Familienfideikommisse und der Familienstiftungen in Schleswig-Holstein. Behandelt werden I. die Fideikommißstiftung (Gegenstand, Errichtung und Veränderung im Bestande), II. der Fideikommißbesitzer (Rechte und Pflichten, Fideikommißschuldner, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten), Konkurs, ZwVerw., ZwVerst., III. die Familie (Familienrecht, Fideikommißfolge, Versorgung der Familie), IV. Änderung der Stiftungsurkunde; Aufhebung und Erlöschen des Fideikommisses, V. die Fideikommißexekutoren und Fideikommißadministratoren, VI. die Fideikommißbehörde VII. die Lehnsgrafschaften und das Scheel-Plessensche Präzipuum, VIII. die Familienstiftungen.

1. **RG.** 3. 5. 17, JW. 17, 815. Die Anwartschaft auf das nutzbare Eigentum an einem Fideikommiß wird schon durch dessen Errichtung, also zutreffendenfalls durch die einseitige Verfügung der Eltern des Begünstigten unter Lebenden und durch die gerichtl. Bestätigung erworben (§§ 28, 29 II 4 preuß. ALR., JW. 1899, 88 Nr. 96).

2. **RG.** 5. 7. 17, GruchotsBeitr. 61, 954. Nach preuß. ALR. (vgl. §§ 104, 213, 224 II 4) hat der Fideikommißbesitzer nicht die Macht, die Fideikommißfolger mit schuldrechtl. Verbindlichkeiten zu belasten.

3. **RG.** 29. 6. 16, R. 17, 48. Der Wille des Stifters kann dem Fideikommißbesitzer nicht nur die Auswahl des Nachfolgers unter mehreren gleichberechtigten Fideikommißanwärtern freistellen (JW. 1892, 243), sondern auch für den Fall des bereits geschehenen Eintritts mehrerer Linien in den Fideikommißbesitz diesen die Möglichkeit eröffnen, Auseinandersetzungsverträge mit Verbindlichkeit für die Nachkommenschaft der Vertragschließenden unter sich abzuschließen. Diese Verträge können dann mit oder ohne gegenständliche Teilung des Fideikommißvermögens, also auch, wenn nicht geteilt wird, unter Gewährung einer Abfindung und in der Weise abgeschlossen werden, daß die eine Linie hinter die andere in der Nachfolgeordnung zurücktritt (JW. 1896, 157). — Den Fideikommißnachfolgern steht (nach preuß. Recht) die Revokationsklage auch dann zu, wenn sie Allodialerben des vertraglich gebundenen Rechtsvorfahren geworden sind.

4. **RG.** 9. 1. 17, R. 17, 141. Nach Art. 1 PrAGBGB. kann eine Stiftung nur dann als Familienstiftung beurteilt werden, wenn sie nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien dient (**RG.** 82, 197). Der Begriff einer Familie umfaßt nach engster strenger Auffassung den Kreis der durch Abstammung von einem gemeinsamen Stammvater mit-

einander verbundenen blutsverwandten Personen. Nicht selten werden aber auch die Ehegatten dieser Personen der durch diesen Kreis gebildeten Familie zugerechnet (vgl. preuß. JMBl. 1845 S. 29). Die Berücksichtigung einer Pflegetochter und ihrer etwaigen ehelichen Abkommen geht über den Rahmen einer Familienstiftung nicht hinaus. Dasselbe gilt von der Bestimmung, daß während der Dauer der Stiftung die Ehegatten der Abkömmlinge des Stifters, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, zu den Interessenten gehören sollen (GruchotsBeitr. 49, 1146). Wenn endlich für eine fernere Zukunft die Möglichkeit eines Erlöschens der Stiftung in ihrer gegenwärtigen Gestalt und des Entstehens einer öffentl. Zwecken dienenden nachfolgenden Stiftung vorgesehen ist, so ändert dies nichts daran, daß die Stiftung für eine mehrere Generationen umfassende Zeit ausschließlich Familieninteressen dienen soll.

5. a) Cohn, DJZ. 17, 381 bestreitet, daß die Genehmigung einer Familienstiftung eine Handlung der freiw. Gerichtsbarkeit sei.

b) Dagegen Josef, R. 17, 315, da, wenn auch diese Genehmigung sich als Ausübung eines Staatshoheitsrechts, also rein begrifflich betrachtet als ein Gegenstand der Verwaltung darstelle, die Landesgesetzgebung doch nicht gehindert sei, auch Gegenstände dieser Art, wie z. B. auch die Befreiung von Ehehindernissen (§ 1322 BGB.) den Gerichten zu überweisen und dadurch zu Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit, die nach § 4 Satz 1 EGGVG. den Gerichten übertragen werden können, zu machen.

B. Bayern.

Schrifttum: v. Marth, BayNotZ. 17, 201 behandelt eingehend Zweifelsfragen zur Auslegung der §§ 64, 69 des bay. Fideikommißedikts.

1. BayObLG. 13. 10. 16, E. 17, 210, R. 17, 56. Aufwendungen für Vergleiche zum Nutzen des Fideikommisses sind dem Fideikommißinhaber aus Mitteln des Fideikommisses zu erstatten (§ 56 FidEd.), mag auch der Rechtsstreit zunächst nur die Rechte des Inhabers betroffen haben. Das gleiche gilt von den Kosten des verglichenen Rechtsstreits.

2. BayObLG. 9. 12. 16, E. 17, 244, R. 17, 95. Sollen nach letztwilliger Verfügung Reinertragsüberschüsse über eine bestimmte Summe hinaus zu Grundstücksankäufen angesammelt (admassiert) werden, so bestimmt sich der Reinertrag nicht einfach nach dem buchmäßigen Kassebestand am Jahresende. Wegzurechnen sind vielmehr Barüberträge aus den Vorjahren, deren Verwendung als Betriebskapital bereits genehmigt ist, und nicht erhobene Gehälter für die Tätigkeit von Familienmitgliedern bei der Gutsverwaltung, auf die bisher nicht erkennbar verzichtet wurde.

3. BayObLG. 25. 5. 17, E. 18, 90, R. 17, 537. Der Belastung in den Formen des Grundstückspfandrechts des BGB., insbes. auch der Sicherungshypothek für laufenden Kredit, ist in Bayern das unbewegliche Fideikommißgut grundsätzlich entzogen.

4. BayObLG. 21. 9. 17, R. 17, 572. Die Jahresfristen nach § 69 Abs. 3 Satz 1 FidEd. sind nicht unabänderlich. Aus besonderen erheblichen Ursachen kann die Frist auf mehr als 20 Jahre erstreckt werden.

II. Lehnsrecht.

a) **RG.** 16. 1. 17, DJZ. 17, 613, GruchotsBeitr. 61, 617, JW. 17, 542, LeipzZ. 17, 600, R. 17, 142, WarnE. 17, 97. Der Lehnsverband war ursprünglich eine politische und militärische Einrichtung, die den Ritterdienst und die Treue an das sachliche Band der Gewere knüpfte. In jetziger Zeit ist der Lehnsverband eine von den Verhältnissen überholte, im Absterben begriffene Rechtseinrichtung, deren Bedeutung sich für die noch bestehenden Verbände wesentlich in der dingl. Natur erschöpft, wie insbesondere die erleichterte Allodifikationsmöglichkeit erkennen läßt. Die Unterwerfung unter die öffentl. Gewalt ist nach neuerer Rechtsauffassung nicht mehr ein willkürlicher Akt des einzelnen, sondern die selbstverständliche Folge der staatlichen Organisation. Deshalb hat der Satz eine im Lehnsrecht unbestrittene Geltung erlangt, daß die

Verpflichtungen aus dem Lehnsverbande den staatsbürgerlichen Pflichten zu weichen haben (Stobbe, Deutsch. Privatr. (2) 2, 410). Es liegt daher keine Felonie vor, wenn der ausländische Vasall in Erfüllung seiner Militärpflicht gegen Deutschland Militärdienste leistet. b) Vgl. dazu Ebert, DJZ. 17, 743.

III. Stammgüter.

A. Preußen.

Frommhold, R. 17, 111. Das Stammgüterrecht nach dem neuen preuß. Gesetzentwurf über Familienfideikommisse, Stammgüter und Familienstiftungen.

B. Bayern.

1. BayObLG. 16. 9. 16, E. 17, 183. Handelt es sich um eine Angelegenheit, an der das Haupt der standesherrlichen Familie selbst beteiligt ist, dann tritt das nach § 10 Abs. 1 der IV. Beilage zur VerfUrk. mit der Bestellung des Vormundes oder Pflegers befaßte OLG. in jeder Beziehung an die Stelle des verhinderten Familienhauptes und hat daher auch zutreffendenfalls die Zustimmungserklärung der Pfleger nach den entsprechend anwendbaren §§ 1812, 1819, 1915 BGB. vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen. Zu den zur Erhaltung und Wiederherstellung der Substanz des Stammguts erforderlichen Aufwendungen können auch die Anwaltshonorare gerechnet werden, die aufzuwenden waren, um zu einer für die Familie möglichst vorteilhaften Veräußerung des Stammguts zu gelangen.

2. BayObLG. 20. 4. 17, E. 18, 65, R. 17, 390. Pachtkautionen zur Inventarsicherung gehen, wenn bar erlegt und vertragsmäßig zu verzinsen, nicht in das persönliche Eigentum des den Pachtvertrag abschließenden Stammgutsbesitzers, sondern in das Stammgut selbst über. Der Rückgabeanspruch haftet daher im Falle der Stammgutsveräußerung an dem hinterlegten Erlös, falls die Familiensatzung darüber nichts Besonderes bestimmt.

C. Baden.

Stuttgart 30. 12. 15, BoschersZ. 17, 163. Die Stammgutnachfolge ist nach badischem Recht eine besondere Gesamtnachfolge (spezielle Universalsukzession) und unabhängig von der Rechtsnachfolge in das Landerbe (Allodialvermögen) des letzten Besitzers des Stammguts. Hatte der Stammgutserblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohnsitz außerhalb Badens, so ist das Notariat des bad. Stammgutshauptortes, wo das Stammgutsgrundbuch geführt wird, als das örtlich zuständige NachlaßG. zur Ausstellung des besonderen Erbscheins über die Stammgutsnachfolge zuständig.

D. Braunschweig.

1. Braunschweig 20. 10. 16, BraunschwZ. 17, 33. Altdeutschrechtliche Familienstammgüter des niederen Adels sind im Herzogtum Braunschweig nicht nachweisbar.

2. Hampe, BraunschwZ. 17, 100. Zur Frage vom Eigentum an dem braunschw. Kammergute.

Artt. 62, 64.

LG. Elbing 21. 7. 17, JW. 17, 939. Der durch Artt. 62, 64 aufrechterhaltene § 4 des preuß. G. v. 8. 6. 1896 (GS. 124), wonach ein Anerbengut einem anderen als Bestandteil zugeschrieben werden darf, mag davon Verwirrung zu besorgen sein oder nicht, geht dem § 5 RGBO. vor.

Art. 63.

Schrifttum: Hampe, BraunschwZ. 1, 2 behandelt den Einfluß der Ehescheidung auf das Recht des Aufkömmlings und des Interimswirtes nach braunschw. Bauernrecht.

I. Braunschweigisches Bauernrecht.

1. Braunschweig 20. 10. 16, BraunschwZ. 17, 40. Nach partikularem Bauernrecht erlischt, wenn ein Hof durch Zwangsversteigerung oder Konkurs des Hof-

eigentümers verloren geht, das Mitbesitz- und Mitgenußrecht des Aufkömmlinges, dagegen kann jedenfalls die vor 1900 aufgeheiratete Ehefrau den Geldwert ihres eingebrachten Gutes zurückverlangen, und zwar mit dinglicher Sicherstellung und Rangordnung ihres Mitbesitzrechts (BraunschwRpflZ. 46, 142; 48, 10, Hampe 63, 66).

2. Braunschweig 12. 12. 16, BraunschwZ. 17, 85. Die aufgeheiratete Ehefrau darf auch bei Kriegsabwesenheit des Hofwirtes nicht ohne dessen Zustimmung über Hofsinventar oder das auf dem Hofe vorhandene Vieh verfügen.

3. Braunschweig 17. 4. 17, BraunschwZ. 17, 111. Die Bauerngutseigenschaft eines Hofes geht durch dessen Zerstückelung nicht verloren. Mitbesitz- und Mitgenußrecht kann durch Gutserwerb während der Ehe, und zwar auch durch formlosen Akt, entstehen. Das gemeine Dotalrecht hat sich seit 1900 in Braunschweig nach § 73 braunschw. AGBGB. dahin geändert, daß die frühere Dos als eingebrachtes Gut i. S. des BGB. anzusehen ist, im übrigen aber zwischen den Eheleuten die Grundsätze der Gütertrennung herrschen (BraunschwRpflZ. 59, 164).

II. Erbpacht.

1. KG. 19. 10. 16, KGJ. 49, 163. In Ostfriesland ist die Neubegründung eines Erbpachtrechts als eines vollständigen vererblichen Nutzungsrechts an fremder Sache zufolge Aufhebung der §§ 187ff. I 21 preuß. ALR. (Art. 89 Nr. 1b preuß. AGBGB.) seit 1. Januar 1900 nicht mehr möglich. Ein mit diesem Inhalt abgeschlossener Vertrag kann aber unter Umständen als Kaufvertrag gegen Rente und Erbpachtrente als Rentenreallast aufrecht erhalten bleiben.

2. Kiel 25. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 98. Ein Erbvertrag, der dem Erbpächter das Verkaufsrecht gewährte und dem Erbverpächter lediglich ein Vorkaufsrecht einräumte und bei dem ferner das Nutzungsrecht des Erbpächters auf lange Zeit berechnet und an eine Zeitgrenze nicht gebunden war, erzeugte nach früherem schlesw.-holst. und lauenburgischen Recht keine bloß schuldrechtl. Verpflichtungen, sondern begründete ein umfassendes dingl. Nutzungsrecht und ein sog. Untereigentum des Erbpächters. Bei dieser Rechtsstellung des Erbpächters konnte der Erbverpächter auch dem Erbpächter zugunsten des Erbpachtguts eine Grundgerechtigkeit an anderen Grundstücken des Erbverpächters einräumen.

Art. 65.

Wasserrecht.

A. Preußen.

Schrifttum: Fortlaufende Berichte über die Rechtspr. des preuß. LWasseramtes von Herrmann, JW. 17, 63, 119, 176, 247, 823 und von Bochalli, Z. f. d. ges. Wasserwirtschaft u. f. Wasserrecht. — Bochalli, PrVerwBl. 38, 658. Wasserstraßenbeiräte und Wasserbeiräte.

I. Bisheriges Recht.

1. **RG.** 30. 9. 16, R. 17, 51. Die Bestimmung unter Ziff. a des § 16 PrivatflußG. v. 28. 2. 1843 bezieht sich auf Mühlen, die für ihre Wasserbenutzung einen besonderen Rechtstitel hatten. Dagegen hat das unter Ziff. b daselbst den damals rechtmäßig bestehenden Mühlen verliehene Widerspruchsrecht gegen neue Anlagen lediglich zur Voraussetzung, daß auf Grund der tatsächlichen Wasserverhältnisse, wie sie auf Grund der örtlichen Lage und der vorhandenen Einrichtungen bestanden, ihnen vor dem Inkrafttreten des G. eine gewisse Wassermenge zur Verfügung stand. Ebenso erfordert § 246 II 15 ALR. lediglich, daß das Wasser zum Betrieb einer schon vorhandenen Mühle erforderlich ist.

2. **RG.** 3. 3. 17; 90, 47. § 26 GewO. schließt eine auf Beseitigung gewerbepolizeilich genehmigter Anlagen gerichtete Abwehrklage nicht nur gegenüber Eingriffen in Flußanliegerrechte, sondern auch gegenüber Eingriffen in das Grund-

eigentum aus. An ihre Stelle tritt ein Schadensersatzanspruch, der den Nachweis eines Verschuldens nicht erfordert (**RG.** 17, 104; 58, 133; 70, 152). Nach den Vorschriften des älteren und neueren Wasserrechts kann im Falle des Betriebs einer Mühle Ersatz verlangt werden nur für die Entziehung desjenigen Wassers, das zum Betriebe der Mühle in dem beim Inkrafttreten des PrivatflußG. v. 28. 2. 1843 nach Maßgabe ihrer damaligen Betriebseinrichtungen erreichbaren Umfang erforderlich ist.

3. **RG.** 14. 4. 17; 90, 52. Art. 89 Nr. 2 preuß. AGBGB. hat den art. 644 code civil insoweit nicht aufgehoben, als er zur Ergänzung des PrivatflußG. v. 28. 2. 1843 diente. Das Wasserbenutzungsrecht gestattete keinesfalls einen Verbrauch des Wassers, der bis zur völligen Erschöpfung geht.

II. Wassergesetz v. 7. 4. 13.

§ 1. PrOVerwG. 20. 6. 16, E. 71, 350. Ein Verzeichnis der Wasserläufe dritter Ordnung kennt das Gesetz nicht. Die Aufnahme eines Grabens in ein solches von der Wasserpolizeibehörde angelegtes Verzeichnis beweist nichts für seine Eigenschaft als Wasserlauf. Durch § 1 Abs. 3 sollte die frühere Rechtslage, wie sie im Geltungsbereiche des § 100 I 8 preuß. ALR. bestand, sachlich nicht geändert werden, nur können nach § 1 Abs. 3 WG. Gräben nur insoweit als Wasserläufe gelten, als sie der Vorflut der Grundstücke verschiedener Eigentümer dienen.

§§ 21, 22. a) PrOVerwG. 11. 7. 16, PrVerwBl. 38, 297. Ist in einem Wasserlauf eine genehmigungspflichtige Anlage ohne Genehmigung hergestellt worden, so kann die Wasserpolizeibehörde ihre Entfernung ohne weiteres deshalb fordern, weil sie nicht genehmigt ist. Eine Dückeranlage gehört zu den nach § 22 genehmigungspflichtigen Anlagen; eine solche Anlage war auch schon nach § 62 II 15 preuß. ALR. genehmigungspflichtig.

b) PrOVerwG. 11. 7. 16, PrVerwBl. 38, 310. Eine über ein öffentl. Gewässer geführte Rohr- oder Kabelleitung ist auch dann nach § 65 II 15 preuß. ALR. und § 22 WG. besonders genehmigungspflichtig, wenn sie im Anschluß an eine Brückenanlage und unter Benutzung derselben ausgeführt wird.

§ 46. LWasserA. 2. 3. 17, JW. 18, 71, PrVerwBl. 38, 497. Das Recht zum Lagern von Holz in einem Wasserlaufe kann nicht durch Verleihung erworben und nicht sichergestellt werden.

§ 67. LWasserA. 13. 12. 16, PrVerwBl. 38, 324. Auf die nach § 67 Abs. 2 im Verleihungsverfahren angebrachten Anträge wegen Verleihung eines Benutzungsrechts, welches die vom ersten Antragsteller beabsichtigte Benutzung eines Wasserlaufs beeinträchtigen würde, ist förmlich Entscheidung zu treffen. Die Erhebung einer Anschlußbeschwerde gemäß § 122 Abs. 3 preuß. LVG. ist auch in dem Verfahren vor dem LWasserA. zulässig.

§ 71. LWasserA. 27. 3. 17, PrVerwBl. 38, 651. Die Erteilung der Verleihung und der gewerbepolizeil. Genehmigung in einem einheitlichen, als untrennbares Ganzes erscheinenden Beschlusse ist nicht angängig.

§ 72. LWasserA. 2. 3. 17, PrVerwBl. 38, 550. Auch die Verleihungsbehörde ist entsprechend dem § 319 ZPO. befugt, Schreibfehler, Rechnungsfehler und andere offenbare Unrichtigkeiten ihrer Beschlüsse von Amts wegen zu berichtigen, wenn der Wille der entscheidenden Behörde unrichtig wiedergegeben ist und die Unrichtigkeit sich aus der Entscheidung selbst ergibt (OVG. 55, 498). Solche Berichtigungsbeschlüsse sind unanfechtbar. Ist ein Teil des Antrags unentschieden geblieben, so kann der Antragsteller jederzeit die Ergänzung der Entscheidung bei der Verleihungsbehörde beantragen (OVG., PrVerwBl. 25, 96).

§§ 128, 130. PrOVerwG. 26. 9. 16, E. 71, 355. Die in § 130 für die Feststellungsklage bei Streitigkeiten über die öffentl.-rechtl. Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wasserlaufs begründete Zuständigkeit des Bezirksausschusses ist auch dann

gegeben, wenn gemäß § 128 darüber Streit ist, ob beim Inkrafttreten des WasserG. ein anderer als der Staat zur Unterhaltung eines natürlichen Wasserlaufs erster Ordnung verpflichtet war. In dem Beschlußverfahren nach § 148 ist nur über die Höhe der nach § 128 von dem bisherigen Unterhaltspflichtigen an den Staat zu den Kosten der Unterhaltung zu leistenden Beiträge Bestimmung zu treffen. Die Verpflichtung zur Räumung von Gewässern, welche Ebbe und Flut haben (z. B. nach dem hannov. G. v. 22. 8. 1847), kann durch Herkommen begründet werden.

§ 182. a) LWasserA. 18. 4. 16, JW. 17, 248. Eintragungsfähig nach § 182 sind nur solche Zwangsrechte, die nach dem Inkrafttreten des WasserG. in einem Verfahren nach § 340 festgestellt sind.

b) LWasserA. 2. 3. 17, PrVerwBl. 38, 419. Das Recht, Wasser in einen Wasserlauf oberirdisch oder unterirdisch einzuleiten, gehört zu den eintragungsfähigen Rechten, da es eine der im § 46 WasserG. bezeichneten Arten der Benutzung betrifft.

c) LWasserA. 27. 3. 17, PrVerwBl. 38, 575. Das Recht, eine kommunale Badeanstalt in einem Wasserlaufe zu halten, gehört zu den Rechten, die in das Wasserbuch eingetragen werden können (§ 182 Abs. 1 in Verb. mit § 46 Abs. 1 Nr. 4 WasserG.). In dem Verfahren der Eintragung dieses Rechtes ist nicht in eine eingehende Würdigung und Entscheidung sich erhebender rechtl. Zweifelsfragen einzutreten. Nur wenn der Antrag offenbar unbegründet ist, kann ihn der Vorsitzende ohne weiteres zurückweisen.

d) LWasserA. 21. 11. 16, JW. 18, 192, PrVerwBl. 38, 311. Aus landespolizeilichen Genehmigungen, die unter dem Vorbehalte jederzeitigen Widerrufs unbeschadet der Rechte Dritter erteilt worden sind, lassen sich Rechte, die der Eintragung in das Wasserbuch fähig wären, nicht herleiten. — Die **RG.** 16, 178 anerkannte Befugnis zur Einleitung von Abwässern in natürliche Wasserläufe innerhalb des Maßes des Gemeinüblichen ist ein Recht, das nach § 379 Abs. 2, 4 WasserG. aufrecht erhalten ist und nach § 182 in das Wasserbuch eingetragen werden kann.

§ 186. a) LWasserA. 21. 11. 16, PrVerwBl. 38, 311. Offenbar unbegründete Anträge auf Eintragung von Rechten in das Wasserbuch können gemäß § 186 Abs. 2 auch ohne Vorbescheid des Vorsitzenden durch Kollegialbeschluß des Bezirksausschusses zurückgewiesen werden. Gegen diesen Beschluß ist die Beschwerde an das LWasserA. zulässig.

b) LWasserA. 18. 4. 16, JW. 17, 247. Eine unter dem Vorbehalte des Widerrufs und unbeschadet der Rechte Dritter erteilte polizeil. Genehmigung schafft keinen Titel für die Eintragung im Wasserbuche. Ein darauf gerichteter Antrag ist als offenbar unbegründet gemäß § 186 Abs. 2 zurückzuweisen.

c) LWasserA. 7. 7. 16, JW. 17, 176. Der mangelnde Nachweis eines Rechtes macht den auf seine Eintragung gerichteten Antrag nicht zu einem offenbar unbegründeten.

d) LWasserA. 21. 11. 16, PrVerwBl. 38, 270. Widersprüche, die gegen die Eintragung von Rechten in das Wasserbuch zur Wahrung privatrechtl. Ansprüche angebracht werden, sind dann nicht offenbar unbegründet, wenn der Widersprechende auf Grund der bei Erhebung des Widerspruchs obwaltenden rechtl. und tatsächl. Verhältnisse ein berechtigtes Interesse hat, die Vermutung der Richtigkeit des einzutragenden Rechtes gegen sich auszuschließen. Entsprechende Widersprüche von Polizeibehörden sind nicht offenbar unbegründet, wenn die Polizeibehörde ein Interesse hat, bei Erfüllung der innerhalb der gesetzl. Zuständigkeit ihr obliegenden Aufgaben die Vermutung der Richtigkeit des einzutragenden Rechtes gegen sich auszuschließen.

e) LWasserA. 21. 11. 16, PrVerwBl. 38, 255. Widersprüche gegen die Eintragung von Rechten in das Wasserbuch sind nur bei der Wasserbuchbehörde oder bei derjenigen Stelle anzubringen, welche in der Bekm. der Wasserbuchbehörde nach § 188 Abs. 2 ausdrücklich als zur Entgegennahme von Widersprüchen befugt bezeichnet ist. Nach Ablauf der Widerspruchsfrist bei diesen Behörden angebrachte Widersprüche

sind als offenbar unbegründet zurückzuweisen. Gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist findet eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt.

§§ 187, 188. LWasserA. 2. 3. 17, JW. 18, 192, PrVerwBl. 38, 508. Beschlüsse der Wasserbuchbehörde, durch die gemäß §§ 187, 188 die Eintragung von Rechten in das Wasserbuch angeordnet wird, sind endgültig und deshalb mit der Beschwerde nicht anfechtbar.

§ 254. LWasserA. 2. 3. 17, JW. 17, 880, PrVerwBl. 38, 480. Die gemäß § 254 Abs. 1, 2 von den Widersprechenden gewählten Bevollmächtigten sind ohne besondere Vollmacht nicht befugt, die Widersprechenden in dem Verfahren nach § 270 vor dem Bezirksausschuß oder vor dem LWasserA. zu vertreten.

§ 270. LWasserA. 15. 12. 16, PrVerwBl. 38, 520. Die Prüfung der Frage, ob kommunalwirtschaftl. Rücksichten für Beteiligte den Beitritt zu einer Wassergenossenschaft unzweckmäßig erscheinen lassen, gehört nicht zu den Aufgaben der Beschlußbehörden nach § 270 Abs. 1 u. 2 WasserG. — Die im § 238 Abs. 1 Nr. 3 für die Anwendung des Beitrittszwanges aufgestellten beiden Voraussetzungen brauchen nicht gleichzeitig nebeneinander vorzuliegen. — Wenn bei einem der nach § 210 WasserG. bezeichneten Verbände eine der beiden Voraussetzungen des § 238 Abs. 1 Nr. 3 vorliegt, ist damit auch die Frage bejaht, ob der Verband an dem Unternehmen ein Interesse hat. Eine Wassergen. kann ausschließlich aus Kommunalverbänden gebildet werden.

§ 283. a) KG. 20. 4. 16, KGJ. 49, 129, R. 17, 385. Die freien Wassergen. des alten Rechtes (preuß. G. v. 1. 4. 79 §§ 13, 32) sind als solche durch das preuß. WasserG. v. 7. 4. 13 aufgelöst und deshalb im WassergenRegister zu löschen. Ein Liquidationsverfahren findet nicht statt.

b) Ebenso LWasserA. 3. 3. 16, PrVerwBl. 39, 126 (jedoch unter Bejahung der Zulässigkeit des Liquidationsverfahrens).

§ 301. PrOVG. 4. 7. 16; 71, 376. Gegen die Entsch. des Deichamtes über die Gültigkeit der Wahlen zu Mitgliedern des Vorstandes des Deichverbandes findet die Klage im Verwaltungsstreitverfahren nicht statt.

§ 324. a) OVG. 23. 5. 16, JDR. 15 Ziff. B II 2g zu Art. 65, auch E. 71, 364.

b) LWasserA. 27. 3. 17, PrVerwBl. 38, 627. In dem in § 324 bezeichneten Ebbe- und Flutgebiete des Fürstentums Ostfriesland ist das Deich- und Sielwesen in seiner Gesamtheit in weitestem Umfange unverändert gelassen, insbes. die Deich- und Sielordnung v. 12. 6. 1853 (GS. f. d. Königr. Hannover S. 49).

§ 330. LWasserA. 2. 3. 17, JW. 18, 71, PrVerwBl. 38, 466. Unter dem „oberirdisch außerhalb eines Wasserlaufs abfließenden Wasser" i. S. des § 330 ist nur dasjenige Wasser zu verstehen, das dem natürlichen Gefälle folgend von selbst von dem höher liegenden auf das tiefer liegende Grundstück oberhalb der Erdoberfläche abfließt. Dränagewasser gehört nicht dahin.

§ 332. LWasserA. 27. 6. 16, JW. 17, 176. Plant eine Gemeinde ein Unternehmen, das die Fortleitung des von einer anderen Gemeinde vertraglich zu liefernden Wassers mittels Druckrohres zu ihrer Versorgung mit Trink- und Nutzwasser zum Gegenstande hat, so liegt ein Unternehmen, das die Wasserbeschaffung zu häusl. und gewerbl. Zwecken bezweckt, i. S. des § 332 Abs. 1 vor.

§ 340. LWasserA. 10. 7. 17, PrVerwBl. 39, 33. Zwangsrechte, die ein zu einer Bahneinheit gehörendes Grundstück belasten, sind gemäß § 340 Abs. 7 WasserG. in das Grundbuch des Einzelgrundstücks, nicht in das der Bahneinheit einzutragen. Ist das Zwangsrecht auf Ersuchen der Beschlußbehörde in ein unrichtiges Grundbuch eingetragen worden, so ist es Sache der Beschlußbehörde, das Grundbuchamt um Löschung oder Berichtigung der Eintragung zu ersuchen.

§ 379. a) **RG.** 14. 4. 17; 90, 52, R. 17, 293. § 379 WasserG. enthält keine allgemeine Regelung der zeitlichen Herrschaft des neuen Gesetzes im Verhältnis zu dem bisherigen Recht, sondern bezieht sich nur auf die Aufrechterhaltung der in Abs. 1 Nr.

1—3 dort einzeln aufgeführten Wassernutzungsrechte, die anderen als den Eigentümern des Wasserlaufs als solchen zustehen, während die zeitliche Geltung des neuen Gesetzes hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse an den Wasserläufen durch die §§ 7—9 des G. geregelt ist.

b) α. LWasserA. 18. 4. 16, JW. 17, 248. Die Genehmigung nach §§ 16ff. RGewerbeO. ist kein besonderer Titel i. S. des § 379 WasserG., denn sie begründet nicht das Recht, dessen Ausübung sie gestattet, sondern sie schränkt nur einen anderweit gegebenen Rechtsanspruch gegenüber einer mit gewerbepolizeilicher Genehmigung errichteten Anlage in seiner Geltendmachung ein. β. Dagegen Herrmann a. a. O. Anm. 1.

c) PrOVerwG. 28. 11. 16, FrankfRundsch. 50, 296 behandelt die Befugnis der Ortspolizei als Wasserpolizeibehörde, einer Stadtgemeinde die Herstellung einer Kläranlage aus gesundheitspolizeilichen Rücksichten aufzugeben, auch wenn es dabei der Genehmigung eines voraussichtlich dazu bereiten Dritten bedarf und es sich um die Inanspruchnahme außerpreußischen Gebiets handelt.

III. Quellenschutz.

Begriff einer „Quelle" i. S. des preuß. QuellenschutzG. v. 14. 5. 08.

a) **RG.** 23. 5. 17; 90, 280, JW. 17, 816, R. 17, 385. Auch i. S. des preuß. QuellenschutzG. ist eine Quelle erst dann vorhanden, wenn Wasser aus unterirdischen Wasseradern, sei es auf natürliche Weise durch Druckkraft, sei es durch von Menschenhand hergestellte Vorrichtungen, und zwar nicht nur vorübergehend, an die Oberfläche gelangt ist. Die „Fassung" unterirdischer Wasseradern oder eines unterirdischen Wasserlaufs kann, wenn sie unterirdisch in einer von Menschenhand hergestellten Höhlung [einem Troge] oder einem Rohre erfolgt, ohne daß das Wasser an die Erdoberfläche tritt, für sich allein nicht als „Erschließung einer Quelle" angesehen werden.

b) Frankfurt a. M. 18. 5. 16, JDR. 15 Ziff. A 3 bestätigt von **RG.** 1. 11. 16, FrankfRdsch. 50, 204, R. 17, 51.

B. Bayern.

BayObLG. (Strafs.) 1. 2. 17, BayRpflZ. 17, 127. Eine Verurteilung aus Artt. 37, 38, 202 Ziff. 1 bay. WG. erfordert die Feststellung, daß die dem Gewässer zugeführten (eingebrachten) Stoffe eine schädliche Veränderung des Wassers zur Folge hatten, auch wenn der Angekl. polizeil. Vorschriften zuwidergehandelt hat, durch die einer solchen Veränderung vorgebeugt werden sollte.

C. Sachsen.

Dresden 4. 7. 16, SächsRpflA. 17, 169 behandelt den Umfang eines Wassernutzungsrechtes mit Bezug auf Zeit und Menge des Wasserzuflusses nach dem Oberlausitzer Ober-Amts-Patent v. 18. 8. 1727 und § 3 sächs. WG. v. 12. 3. 09.

D. Elsaß-Lothringen.

Colmar 22. 10. 17, ElsLothrNotZ. 17, 257. Flußbette natürlicher Wasserläufe gehören zum öffentl. Gut. Ob ein natürl. Wasserlauf besteht, hängt von den besonderen natürl. Verhältnissen ab, die in ihrer Gesamtheit in Betracht zu ziehen sind.

Art. 67.

Bergrecht.

Schrifttum: Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands. Stuttgart 1917.

A. Allgemeines.

1. a) Dresden 16. 3. 17, JW. 17, 489. Das sog. Anheimstellungsrecht (Abandon) des Gewerken, wonach sich dieser von seiner Zubußepflicht durch Hingabe des Kuxes und die dadurch bewirkte Lossagung von der Gewerkschaft befreien kann, stellt sich als eine dem Bergrecht eigentümliche Befugnis dar (**RG.** 59, 252; OLG. 10, 53). Dieses Recht

kann aber, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, durch Statut ausgeschlossen werden. Ein Verbot solchen Ausschlusses enthält z. B. das ABergG. f. d. Kgr. Sachsen v. 31. Aug. 1910 §§ 11, 19 Abs. 2, nicht aber das ABergG. f. d. Preuß. Staaten (vgl. § 130 mit § 94 Abs. 3) und das BergG. f. d. Herzogtum Gotha (§ 144 mit § 108 Abs. 2).

b) Ebenso mit Bezug auf Preußen **RG.** 5. 1. 17, WarnE. 17, 141.

2. **RG.** 18. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 820, LeipzZ. 17, 1361, R. 17 Nr. 1658, 1659, 1661, WarnE. 17, 404. Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des nach deutschem Recht geltenden internationalen Rechtes, daß bei Gesellschaften (Gewerkschaften) deren Sitz über die Staatszugehörigkeit entscheidet. Hat daher eine Gewerkschaft Gothaischen Rechts ihren Sitz in Preußen, so bedarf es zu ihrer Entstehung der Beobachtung der nach preuß. Bergrecht hierfür geltenden Vorschriften; die Verleihung der Rechtspersönlichkeit durch den Gothaisch. Staat ist wirkungslos (**RG.** 88, 53, JDR. 15 Ziff. A III 4b). Unbekannt ist dem internationalen Privatrecht ein Grundsatz, daß Gewerkschaften im Bergwerksstaat einen „natürlichen" Sitz für sich allein oder neben einem anderen allgemeinen rechtlichen Sitz hätten.

3. PrOVerwG. 4. 4. 16, E. 71, 182. Der Übereignung des Vermögens einer Gewerksch. älteren Rechts an eine Ges. bürgerl. Rechts steht weder der Umstand, daß beide Gemeinschaften zur gesamten Hand sind, noch die Tatsache, daß die Gewerken dieselben Personen wie die Gesellschafter sind, entgegen.

B. Preußen. AllgBergG. 24. 6. 1865.

Schrifttum: Werneburg, HoldheimsMSchr. 17, 86. Die Blankozession von Kuxen. — Derselbe, HoldheimsMSchr. 17, 159. Aus dem Kuxrecht. — Küster, GruchotsBeitr. 61, 747 erörtert die Art und Weise, in der der Grundstückseigentümer den Anspruch auf Geldentschädigung wegen bergbaulicher Einwirkungen geltend machen kann, wenn das geschädigte Grundstück mit Hypotheken belastet ist, und zwar, indem er entweder ohne weiteres Klage auf Zahlung an sich und die Hypothekengläubiger (oder auf Hinterlegung) oder auf Zahlung an den Gläubiger der fälligen Hypothek erhebt oder zunächst das in § 1128 Abs. 1 BGB. geregelte Verfahren einschlägt.

§ 27. PrOVerwG. 25. 5. 16, E. 71, 407. Im Falle des § 27 Abs. 4 ABergG. ist das Verwaltungsstreitverfahren nur insoweit zugelassen, als das OberbergA. darüber eine Entscheidung getroffen hat, ob die begehrte Feldesform zum Bergwerksbetriebe geeignet sei, es ist aber insoweit gegeben, als die angefochtene Entscheidung sich darauf bezieht, ob eine an sich ungeeignete Feldesform doch gemäß § 27 Abs. 5 ausnahmsweise zugelassen werden könne.

§ 148. a) **RG.** 21. 10. 16, WarnE. 17, 93. Der Bergwerksbesitzer hat für Schäden, die im Betriebe der Vorbesitzer entstanden sind, dann aufzukommen, wenn der Schaden erst zu seiner Besitzzeit „entstanden", d. h. in die Erscheinung getreten ist (**RG.** 35, 165). „Entstanden" ist der Schaden, sobald das Grundstück an dem ihm im Verkehr beigelegten Sachwert Einbuße erlitten hat (**RG.** 30, 253).

b) *α*. **RG.** 16. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 782, WarnE. 17, 270. Über die Art und den Umfang der nach § 148 AllgBergG. zu leistenden vollständigen Entschädigung findet in Ermangelung besonderer berggesetzlicher Vorschriften § 249 BGB. Anwendung; dem Gläubiger sind nicht die tatsächlich verauslagten Kosten zu ersetzen, sondern die zur Herstellung des früheren Zustandes erforderlichen Kosten, und dies ist der Geldbetrag, der für die Herstellungsarbeiten im Verkehre regelmäßig gefordert und bewilligt wird. Deshalb darf der Eisenbahnunternehmer, der die Ausbesserung selbst besorgt, nicht ohne weiteres die tarifmäßigen Frachtsätze, die die Selbstkosten übersteigen, in Rechnung stellen.

β. Ebenso **RG.** 14. 4. 17; 90, 154, LeipzZ. 17, 1049, 1354.

§ 150. a) **RG.** 7. 10. 16, R. 17, 51. Eine „drohende Gefahr" liegt nicht schon darin, daß unter dem zu bebauenden Grundstück oder in dessen Nähe bereits Bergbau betrieben wird, und die Gefahr ist auch dann noch nicht stets eine drohende, wenn bereits einzelne Nachbargrundstücke von bergbaulichen Schäden betroffen worden sind. Die

drohende Gefahr muß die sog. konkrete Gefahr gewesen sein, die Gefahr, die sich in dem später eingetretenen Schadensereignisse verwirklicht hat (Z. f. Bergrecht 35, 373; 36, 338; 40, 78; 41, 216).

b) KG. 18. 4. 16, R. 17, 396. Der Verzicht auf Bergschäden kann als schuldrechtliche Vertragsbestimmung weder als selbständige Belastung noch als Nebenbestimmung einer Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden. Vgl. BayObLG., R. 03, 430 Nr. 2297, aM. SeuffBl. 75, 113.

§ 151. Der Rechtsgrundsatz, daß Unkenntnis über den Umfang des Schadens die Verjährung nicht hindert, findet nur Anwendung, wenn der jetzt geltend gemachte Schaden sich als Teil eines früher als bestehend anerkannten Schadens darstellt. Dies ist nicht der Fall, wenn der frühere Schadensersatzanspruch die Beschädigung von Feldfrüchten betraf, während jetzt Schadensersatz deshalb verlangt wird, weil das Grundstück nicht mehr als bausicher gelte und deshalb geringer bewertet werde.

C. **RG.** 10. 1. 17, R. 17, 536 erörtert bergrechtl. Verhältnisse im Gebiete der vormals reichsunmittelbaren Abtei Werden (Ruhr).

D. Bayern.

BayVGH. 5. 2. 17, R. 17, 294. Für die Gültigkeit einer Eisenerzmutung gemäß Art. 17 BayBergG. v. 13. 8. 10 ist erforderlich, daß die mit einem hinreichenden Prozentsatz von Eisen durchsetzte Masse in einer solchen Anhäufung vorhanden ist, welche die Möglichkeit einer bergmännischen Eisengewinnung vernünftigerweise annehmen läßt. Die untere Grenze des Eisengehaltes, bei der die absolute Bauwürdigkeit hinsichtlich der Beschaffenheit des gemuteten Materials noch als nachgewiesen erachtet werden kann, liegt um 20 v. H. herum.

E. S.-Coburg-Gotha.

Sauer, Gothaisches Gewerkschaftsrecht. Komment. zum 4. Teile des Bergbuchs f. d. Herzogt. Gotha mit den eingefügten Änderungen und Zusätzen v. 26. 1. 09 (die Rechtsverhältnisse der Mitbeteiligten eines Bergwerks). Freiburg i. B. 1914.

Hamm 15. 5. 17, BankA. 17, 438 — entgegen RG., Z. f. Bergrecht 57, 213, 215, 451; JW. 16, 494, JDR. 15 Ziff. III 4a. Eine gothaische Gewerkschaft, die mit dem Sitze in Preußen gegründet und deshalb nach der Rechtspr. des RG. nichtig ist, auch wenn sie später ihren Sitz nach Gotha verlegt, kann dadurch nachträglich Rechtswirksamkeit erlangen, daß sie gemäß § 153d des goth. BergG. (in der Fassung des ErgänzungsG. v. 26. 1. 09) nachträglich rechtswirksam den Beschluß faßt, daß ihr Sitz nunmehr in das Herzogtum Gotha verlegt wird.

F. Braunschweig.

1. **RG.** 23. 9. 16, JDR. 15 lit. C, auch BraunschwZ. 17, 44.

2. Braunschweig 13. 3. 17, BraunschwZ. 17, 51. Die im bergrechtl. Enteignungsbeschluß (§ 149 braunschw. BergG. v. 15. 4. 1867) enthaltene Festsetzung der Entschädigung kann im ordentl. Rechtsweg angefochten werden. Sind Teile eines Bauernhofs enteignet, so ist der aufgeheiratete Ehemann ausschließlich klageberechtigt. Die Pächter der enteigneten Grundstücke haben keinen unmittelbaren Entschädigungsanspruch gegen den Enteigner.

3. a) Braunschweig 13. 2. 17, BraunschwZ. 17, 109. Bei Enteignungen verpachteter Grundstücke zu Bergbauzwecken nehmen die Pächter nicht selbständig am Enteignungsverfahren teil. b) Bestätigt vom **RG.** 11. 7. 17, BraunschwZ. 17, 117.

G. Elsaß-Lothringen.

Colmar 7. 12. 15, ElsLothJZ. 16, 380. Ist der Bergwerkseigentümer nicht in der Lage, sich im Wege der bergrechtl. Enteignung einen Rechtstitel zu verschaffen, und würde zugleich die Unterlassung der schädigenden Handlung die Einstellung des Bergwerksbetriebs bedeuten, so ist es nicht zulässig, wegen Verletzung des Grund-

eigentums, insbes. weil unreines Wasser in Flüsse eingeleitet worden sei, gegen den Bergwerkseigentümer mit der negatorischen Klage des § 1004 BGB. die Beseitigung und künftige Unterlassung der Beeinträchtigung zu verlangen, vielmehr bleibt in derartigen Fällen dem beeinträchtigten Eigentümer nur der Weg der Schadensersatzklage aus § 127 elsloth. BergG. offen.

Art. 68.

Wein, BayRpflZ. 17, 309 unterzieht die Rechtsverhältnisse der in Bayern landesrechtl. nicht besonders geregelten Abbaurechte, z. B. von Graphit, Ton (Aluminium), Porzellanerde, Eisenocker, Schiefer, Flußspat, Schwerspat, Strontianit, Phosphorit, Erdöl, Kieselerde, radiumhaltigen Stoffen und Platin, einer näheren Erörterung.

Art. 69.

A. Jagdrecht.

I. Preußen (JagdO. v. 15. 7. 07).

§ 8. PrOVerwG. 1. 3. 17, PrVerwBl. 39, 63. Wenn ein jagdbezirkfreies Grundstück von einem Jagdbezirk umschlossen wird, so steht dem Inhaber dieses Jagdbezirkes zur Geltendmachung seines auf Anschluß des Grundstücks gerichteten Anspruchs (§ 8 Abs. 2 JagdO.) nach § 71 die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu.

§ 12. PrOVerwG. 22. 12. 15, PrVerwBl. 38, 323. Der § 12 ist so zu verstehen, daß der Eigenjagdbesitzer einen Pachtpreis im Betrage des Wertes der Jagdnutzung entrichten soll, es sei denn, daß Pachtzinsen für benachbarte Jagdbezirke höher sind; dann sollen diese maßgebend sein.

§ 14. PrOVerwG. 13. 4. 16, E. 71, 381. Die Rechtsfolgen, die § 14 Abs. 2 Satz 2 wegen der Jagdpachtverteilung an die Zulegung von Eigenjagdbezirksflächen zu dem gemeinschaftl. Jagdbezirke knüpft, treten auch ein, wenn die Verbindung der Flächen sich kraft Gesetzes vollzieht. Diese Rechtswirkung (Erhöhung des Pachtpreises für den verpachteten gemeinschaftl. Jagdbezirk) tritt aber nicht ein, wenn der Pächter nach Empfang der Mitteilung von der Veränderung des Pachtgebiets von seinem Rücktrittsrechte gemäß § 14 Abs. 2 Satz 3 Gebrauch macht. In diesem Falle hat der Eigentümer des zugelegten Grundstücks für die Zeit bis zur Auflösung des Pachtverhältnisses keinen Anspruch auf einen Anteil an der Gesamtpacht.

§§ 21ff. a) PrOVerwG. 21. 9. 16, PrVerwBl. 38, 267, R, 17, 141. Wenn ein Jagdvorsteher nach Abhaltung eines Jagdpachttermins erklärt hat, daß er beschlossen habe, das Bietungsverfahren als erledigt anzusehen und freihändig zu verpachten, so kann auf Grund eines im Bietungsverfahren abgegebenen Gebots ein gültiger Pachtvertrag nicht mehr abgeschlossen werden. Es ist vielmehr das ganze Verfahren nach § 21 von neuem abzuwickeln.

b) PrOVerwG. 27. 9. 15, PrVerwBl. 38, 393. Wenn der Eigentümer eines an einen Eigenjagdbezirk angeschlossenen Grundstücks den Beschluß des Kreisausschusses über die Höhe der Jagdentschädigung deshalb angreift, weil die Entschädigung zu niedrig sei, dann ist der Inhaber des Eigenjagdbezirkes im Verwaltungsstreitverfahren als Bekl. zuzuziehen.

§§ 76ff. KG. (Strafs.) 1. 6. 17, LeipzZ. 17, 1104, R. 17, 385. Zum Begriff des Erlegens von Wild ist nicht erforderlich, daß die auf seine Tötung gerichtete Handlung das Eingehen unmittelbar herbeiführt.

II. Hannov. JagdO. v. 11. 3. 1859 (Hann. GS. 159).

1. PrOVerwG. 25. 5. 16, E. 71, 386. Der jagdrechtl. Zusammenhang mehrerer Teile einer Gemeindefeldmark i. S. des § 4 hann. JagdO. ist nicht vorhanden, wenn er nur durch einen zur Feldmark gehörigen Gemeindeweg gebildet wird, der lediglich seiner Länge nach die verschiedenen Feldmarkteile verbindet.

2. PrOVerwG. 28. 9. 16, R. 17, 142. Nach der hann. JagdO. wird durch öffentl.

zur Feldmark gehörige Wege die jagdrechtl. Verbindung zwischen sonst getrennt liegenden Grundstücken nicht hergestellt (OVerwG. 43, 281); die abw. Ansicht OVerwG. 51, 299 wird aufgegeben. Für die in § 4 vorgesehene Beschlußfassung ist keine bestimmte Form vorgeschrieben, es ist deshalb eine förml. Beschlußfassung in einer einberufenen Versammlung nicht notwendig.

III. Bayern.

BayObLG. (Straff.) 30. 11. 16, BayRpflZ. 17, 125. Der Ausdruck „bei Ausübung der Jagd" in Art. 23 Abs. 1 Ziff. 5 bayJagdG. umfaßt nicht nur die auf Erbeutung des Wildes gerichtete Tätigkeit, sondern die Ausübung des Jagdrechts überhaupt, wozu auch die Verwertung des Wildes gehört, indessen nur, soweit eine hierauf gerichtete Tätigkeit des Jägers selbst in Betracht kommt.

B. Fischerei.

Preußen.

1. v. Brünneck, GruchotsBeitr. 61, 218. (Wo und wann findet im Bereiche der preuß. Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB. auf die Fischerei Anwendung?) Der Fischereiberechtigte oder Fischereipächter erwirbt nicht das Eigentum an den der Fischerei schädlichen und durch gesetzl. Vorschriften als solche bezeichneten jagdbaren Tieren, wenn er sie fängt und in Besitz nimmt, ohne zur Zeit des Fanges einen Fischereischein zu besitzen, oder wenn er, nachdem er sich solchen verschafft hat, um die fraglichen Tiere zu erlegen, Schußwaffen benutzt.

2. Josef, PosMSchr. 17, 48 erörtert das Fischereirecht „zu Tisches Notdurft" nach § 5 FischereiG. v. 11. 5. 16.

3. KG. (Straff.) 7. 3. 16, KGJ. 48, 361. Wer unbefugt fischt, kann nicht gleichzeitig sich wegen Übertretung fischereipolizeil. Vorschriften strafbar machen.

4. **RG.** 28. 9. 17; 90, 426, PosMSchr. 17, 109. Die §§ 180 ff. preußALR. beziehen sich nur auf das Aneignungsrecht an Fischen während einer Überschwemmung von vorübergehender Dauer, herbeigeführt durch natürliche Einflüsse, nicht auf den Fall einer durch ein Stauwerk, also durch eine künstliche Anlage bewirkten dauernden Überschwemmung. Ein vorher bestandenes Fischereirecht besteht an dem nur um Wasserfläche vergrößerten Flusse fort.

Art. 74.

1. BayObLG. 27. 11. 16, R. 17, 96. Ist die Übertragung eines radizierten Gewerberechts einmal gewerbepolizeil. genehmigt, so kann diese Übertragung nicht nachträglich vor Gericht deshalb als unwirksam hingestellt werden, weil es an einer Voraussetzung der Übertragung gefehlt habe. Eine besondere Form ist der Polizeibehörde für die Genehmigung der Übertragung nicht vorgeschrieben. Eine Betriebseinrichtung ist zwar für die Entstehung und Ausübung eines radizierten Braurechts notwendig, nicht aber für das Weiterbestehen.

2. Rostock 15. 12. 16, MecklZ. 35, 266. Unter „Realgewerbeberechtigungen" werden bald die an ein bestimmtes Grundstück geknüpften Befugnisse zur Ausübung eines Gewerbes, bald solche Berechtigungen zur Ausübung eines Gewerbes verstanden, die, ohne an einem bestimmten Grundstücke zu haften, vererblich und veräußerlich sind und gleich dingl. Rechten behandelt werden. Eine Apothekenberechtigung kann verpfändet werden, wenn nicht die Konzessionsbedingungen die Verpfändung ausschließen.

Art. 77.

A. Deutsches Reich (G. v. 22. 5. 10).

1. **RG.** 19. 12. 16; 89, 253, LeipzZ. 17, 324, R. 17 Nr. 1147. J. S. des Art. 77 ist unter „Staat" auch das „Reich" zu verstehen (**RG.** 54, 189; 79, 433). Dies muß zu einer entsprechenden Auffassung des Wortes „Staat" in § 70 Abs. 3 GVG. führen, und

zwar nicht nur bei Ansprüchen gegen den Staat wegen Verschuldens von Staatsbeamten, sondern bei allen dort bezeichneten Ansprüchen gegen den Staat.

2. **RG.** 19. 12. 16; 89, 247, LeipzZ. 17, 321. Die Hinterbliebenen eines Offiziers sind rechtlich nicht behindert, neben der gesetzl. Hinterbliebenenversorgung noch die Vergütung eines weiterreichenden Schadens auf Grund des § 1 Abs. 3 G. v. 22. 5. 10 zu fordern. Der Einwand aus § 38 Abs. 1 Offizierpensionsgesetzes darf ihnen nicht entgegengehalten werden.

3. **RG.** 1. 3. 17, R. 17 Nr. 429 läßt es dahingestellt, ob eine Haftung des Reichs für schuldvolles Verhalten seiner Beamten in Rücksicht auf die Ausübung der Militärhoheit im Kriege überhaupt Platz greifen kann.

4. Einzelne Fälle:

a) Dresden 18. 5. 16, SächsOLG. 38, 131 bejaht die Haftung des Reichsfiskus für die fahrlässige Tötung eines Dritten, deren sich ein mit dessen vorläufiger Festnahme befehligter Landwehrmann durch den Schuß aus einem von ihm getragenen entsicherten Gewehre schuldig gemacht hat.

b) Colmar 30. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 1. Das Reich haftet für den Schaden, den der Führer eines Kraftwagens gelegentlich einer militärpolizeil. Kraftwagenfahrt einem Dritten verursacht. Für den Kraftwagenführer gilt entsprechend, was **RG.** 86, 117; 87, 347 für den Kanallotsen ausgeführt ist.

c) **RG.** 9. 10. 17, DJZ. 17, 1030, R. 17 Nr. 2002. Eine Militärbehörde, die es einem Militärposten zur Pflicht macht, ohne Rücksicht auf das Vorliegen weiterer Verdachtsgründe auf jeden Lenker eines schnellfahrenden Wagens, der auf dreimaligen Anruf nicht anhält, zu schießen, verletzt die ihr Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht in Ausübung der ihr anvertrauten öffentl. Gewalt.

B. Preußen (G. v. 1. 8. 09 u. 14. 5. 14).

I. Haftung des Staates.

1. a) **RG.** 17. 10. 16; 89, 13, DJZ. 17, 133 (hier 27. 10. 16), JW. 17, 166, LeipzZ. 17, 123, SeuffA. 72, 262. Hat das SchöffenG. unzulässigerweise in einem Privatklageverfahren einen Haftbefehl erlassen, so haftet der preuß. Staat nicht schon deshalb, weil der bei der Beschlußfassung mitwirkende Amtsrichter Mitglied des SchöffenG. gewesen, sondern nur, wenn der gesetzwidrige Beschluß auf dessen Verhalten zurückzuführen ist. Der verklagte Fiskus ist daher mit dem Einwande zu hören, daß der Amtsrichter von den Schöffen überstimmt worden sei. Eine Beweiserhebung hierüber ist, wenn sie auch im allgemeinen mit Rücksicht auf die Unabhängigkeit des Richters und die Amtsverschwiegenheit nicht zulässig ist (**RG.** Strafs. 26, 202), doch dann zuzulassen, wenn höhere Interessen der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung, namentlich bei Untersuchungen wegen Rechtsbeugung und bei Rückgriffsprozessen wegen Amtspflichtverletzungen der Beamten, eine solche Ausnahme rechtfertigen.

b) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Zeugenvernehmung der Richter erheben v. Liszt a. a. O. und Braun, JW. 17, 132.

2. **RG.** 11. 11. 16; 89, 216, LeipzZ. 17, 263. Der Staat haftet nicht, wenn ein Beamter als Fischereipächter nicht polizeil. Befugnisse, sondern höchstens vermögensrechtl. (fiskalische) Interessen des Staates wahrgenommen hat. In diesem Falle kann rechtswidrigen Handlungen des Beamten, je nachdem Verschulden vorliegt oder nicht, mit der Klage aus der unerlaubten Handlung oder mit der negatorischen Klage entgegengetreten werden. Beide Klagen richten sich, wenn ein Beamter die unerlaubte Handlung oder die Störung vornimmt, in erster Linie gegen ihn selbst.

3. Hartmann, PrVerwBl. 38, 621 — gegen Delius, PrVerwBl. 37, 734 vgl. 565 —. Die Unterhaltung der öffentl. Wege stellt sich als Ausübung der öffentl. Gewalt dar.

II. Haftung der Gemeinde.

1. Posen 16. 6. 16, OLG. 34, 270, PosMSchr. 16, 92. Leitet ein Vormund (Generalvormund) seine Rechte und Pflichten unmittelbar aus dem Gesetz (z. B. Art. 78 PrAG. zBGB.) oder durch Vermittlung dieses Gesetzes aus dem Ortsstatut her, so übt er als Vormund zugleich eine öffentl. Gewalt aus, die auf dem Gebiete der öffentl. Jugendfürsorge begrifflich durchaus möglich ist und bewirkt, daß dadurch zwischen dem Mündel und dem Beamten als solchem eine Beziehung entsteht, die die Amtspflicht des Beamten auch als dem Mündel gegenüber bestehend erscheinen läßt und die Anwendbarkeit des preuß. G. v. 1. 8. 09 rechtfertigt. Der vom VormG. bestellte Vormund dagegen leitet seine Rechte und Pflichten nur aus der Bestellung her und hat als solcher eine selbständige Stellung, die durch Anordnungen im Verwaltungswege nicht eingeschränkt oder beseitigt werden kann. Dies gilt auch, wenn ein von der Gemeinde als Berufsvormund bestimmter Beamter zum Vormund bestellt ist. Anordnungen, die in dieser Beziehung getroffen sind, berühren nur das Verhältnis zwischen dem Beamten als solchem und seiner vorgesetzten Behörde.

2. a) **RG.** 14. 11. 16, R. 17, 46. Die Verpflichtung des Gemeindevorstehers, bei der Aufnahme eines Dorftestamentes (BGB. § 2249) der Befolgung gesetzl. Formvorschriften die gehörige Sorgfalt zuzuwenden, ist eine Amtspflicht, die ihm nicht nur dem Erblasser, sondern auch dem im Test. Bedachten gegenüber in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher obliegt. Steht dem GemVst. für seine Tätigkeit bei der Aufnahme des Test. eine Gebühr zu (§ 22 der Anw. v. 23. 6. 00, Anlage zu Nr. 32 prJMBl.), so besteht eine Haftpflicht der Gemeinde nach § 1 Abs. 3, § 4 G. v. 1. 8. 09 nicht.

b) Ebenso **RG.** 26. 1. 17, LeipzZ. 17, 480, R. 17 139 und Nr. 406, WarnE. 17, 182;

c) **RG.** 2. 11. 16, JW. 17, 219, LeipzZ. 17, 478, SeuffA. 72, 223. Vgl. auch Ziff. 1 u. 2 zu § 2249 BGB.

3. **RG.** 2. 3. 17, DJZ. 17, 751, JW. 17, 663, LeipzZ. 17, 980, R. 17, 193. Für die Haftung der Gemeinde ist es unerheblich, ob der Gemeindebeamte bei seiner Amtsausübung Hoheitsrechte der von ihm vertretenen Gemeinde oder Hoheitsrechte einer anderen Person des öffentl. Rechts wahrgenommen hat. Bei der Aufstellung von Bahnschutzwachen hat der Bürgermeister dafür Sorge zu tragen, daß nicht solche Personen als Bahnwachen bestellt werden, die sich zu einem Dienst mit Schußwaffen nicht eignen, und er hat bei der Auswahl der Wachen auf die Interessen derjenigen Rücksicht zu nehmen, die mit den aufgestellten Wachen in Berührung kommen. Insoweit liegt also dem Bürgermeister eine Amtspflicht auch gegenüber dem Kreise dieser Personen ob. Daß zu diesem Kreise in erster Linie die einzelnen Wachmannschaften selbst gehören, kann nicht zweifelhaft sein.

4. **RG.** 15. 5. 17, BayRpflZ. 17, 288, JW. 17, 931, LeipzZ. 17, 1345. Eine Stadtgemeinde haftet für die bei der Beglaubigung einer Unterschrift dem damit befaßt gewesenen städt. Beamten zur Last fallende Fahrlässigkeit. Die Beweislast trifft den, der die Fahrlässigkeit behauptet.

Art. 80.

1. **RG.** 15. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 663, WarnE. 17, 73. Das Beamtenverhältnis ist in allen seinen Beziehungen, auch soweit sie die vermögensrechtliche Seite betreffen, ein öffentl.-rechtl. Verhältnis. Eine Teilung der Rechte und Pflichten des Staates in öffentl.-rechtl. und bürgerl.-rechtl. ist bei richtiger Auffassung des Beamtenverhältnisses unmöglich. Lediglich zur Ausfüllung der Lücken im Beamtenrechte sind in der Rechtspr. des RG. die Bestimmungen herangezogen worden, die für den bürgerl.-rechtl. Dienstvertrag in § 618 BGB. aufgestellt sind. Eine unmittelbare Anwendung des § 618 kommt nicht in Frage.

2. **RG.** 16. 10. 17, GruchotsBeitr. 62, 114, R. 17 Nr. 2001 bejaht eine Haftpflicht der Gemeinde gegenüber ihrem Beamten, dessen Nebeneinkommen sie für pen-

sionspflichtig erklärt hat, wenn sie es unterlassen hat, die nach § 12 preuß. KommunalbeamtenG. erforderliche Genehmigung des Bezirksausschusses einzuholen.

Art. 86.

Josef, BadRpr. 17, 118. Dadurch, daß Art. 86 auf § 2043 BGB. Bezug nimmt, bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß die in Art. 86 vorgesehenen landesgesetzl. Vorschriften einen (dem von rechtsgeschäftl. Bedingungen ähnlichen) Schwebezustand schaffen, kraft dessen bis zur Entscheidung über die Genehmigung ungewiß ist, wer Erbe ist. Anträge der juristischen Personen, die den erfolgten Erwerb voraussetzen, sind bis zum Nachweise der Genehmigung zurückzuweisen.

Artt. 86, 87.

a) Frankfurt 29. 6. 16, LeipzZ. 17, 145. Vorschriften, wie sie in Art. 87 vorbehalten sind, bestehen in Preußen nicht. Deshalb ist in Preußen ein Testament nicht unwirksam, worin ein Erblasser eine bestimmte Person zu Erben eingesetzt hat, auch wenn dies nur zu dem (nicht ausdrücklich ausgesprochenen) Zwecke geschehen ist, daß das Hinterlassene im wesentlichen im Interesse des von dem Erblasser bewohnten Klosters, einer Vereinigung ohne Rechtsfähigkeit, verwendet werde. Denn gerade weil dem Kloster die Rechtsfähigkeit fehlt, entspricht in diesem Falle die Einsetzung einer Vertrauensperson, die im Sinne des Erblassers mit dem Vermögen verfahren werde, dem Willen und Interesse des Erblassers, auch wenn die Absicht wegen der Verwendung des Vermögens nicht noch in Gestalt einer Auflage (§§ 2192ff.) besonders ausgedrückt worden ist. Um eine Umgehung des Art. 6 PrAGzBGB. handelt es sich dabei nicht, da diese Vorschrift sich nur auf Zuwendungen an juristische Personen bezieht, nicht um solche an Vereine ohne Rechtsfähigkeit.

b) Bestätigt vom **RG.** 14. 12. 16, JW. 17, 221, LeipzZ. 17, 806, R. 17 Nr. 1095. Vgl. auch oben Ziff. II zu § 2087 BGB.

Art. 95.

Gesinderecht. Preußen.

1. PrOVerwG. 23. 11. 15, R. 17, 245. Unter „Verlassen des Dienstes“ i. S. des § 167 preuß. GesindeO. v. 8. 11. 1810 ist die Lösung des vertragl. Dienstverhältnisses zu verstehen. Das Gesinde „verläßt“ nicht den Dienst, wenn es ohne jene Lösung nur die Arbeit niederlegt, also nur die Leistung der ihm vertragl. obliegenden Dienste unterläßt. Die Polizeibehörde ist nicht befugt, in diesem Falle dem Gesinde aufzugeben, „die Arbeit wieder aufzunehmen“ oder „den Dienst wieder anzutreten“.

2. KG. (Straff.) 16. 3. 17, R. 17, 246. Der Begriff „Gesinde“ erfordert ein unmittelbares Vertragsverhältnis. Ein solches liegt nicht vor, wenn ein vom Gutsherrn gemieteter Obermelker seinen Sohn als Untermelker annimmt. Entfernt sich der Untermelker unrechtmäßig von der durch ihn zu beaufsichtigenden Kuhherde, so ist er nicht nach § 2 G. v. 24. 4. 1854 strafbar, wohl aber unter Umständen nach § 12 Feld- und Forst-PolG. v. 1. 4. 1880.

Art. 105.

RG. 12. 2. 17, JW. 17, 549, PosMSchr. 17, 17, R. 17, 245, 385, WarnE. 17, 214. § 25 preuß. EisenbahnG. v. 3. 11. 1838 verpflichtet zum Ersatze jeden Schadens, der mittelbar oder unmittelbar dem Beschädigten an einer Sache durch die Schadenszufügung entsteht. Die Unterscheidung zwischen „Sachschaden“ und „Vermögensschaden“ entbehrt i. S. des § 25 EisenbG. überhaupt der Begründung.

Art. 109.

I. Rechtsmäßige Staatsakte. Voraussetzung von Entschädigungsansprüchen.

A. Preußen.

1. **RG.** 10. 7. 17, R. 17, 536. § 75 Einl. z. preuß. ALR. ist unanwendbar, ein Ersatzanspruch hiernach nicht begründet, wenn Privatrechte einzelner Mitglieder des

Staates durch eine Maßregel der Gesetzgebung beeinträchtigt werden oder verloren gehen und in dem solchen Eingriff verursachenden Gesetz eine Entschädigung nicht zugesagt ist (ObTrib. 32, 160; StriethA. 60, 111; **RG.** 45, 252; 60, 326; 79, 64, Gruchots Beitr. 43, 950). Etwas Gegenteiliges ist der KabO. v. 4. 12. 1831 und dem als Anlage mit ihr in der GS. veröffentlichten StaatsminBericht v. 16. 11. 1831 nicht zu entnehmen. Die für das Geltungsgebiet des § 75 a. a. O. beachtliche Schranke ist auch für den § 72 II 15 preuß. ALR. maßgebend. (Verneinung eines Entschädigungsanspruchs wegen Beeinträchtigung eines Fischereirechts durch die nach dem preuß. G. v. 6. 6. 1888 (GS. 238) btr. die Verbesserung der Oder usw. vorgenommenen staatl. Maßnahmen.)

2. **RG.** 13. 2. 17, GruchotsBeitr. 61, 669. Der Grundsatz des § 75 Einl. z. preuß. ALR. ist auch nach Gemeinem Recht als geltend anzuerkennen und hat die Bedeutung, daß derjenige, welcher genötigt wird, sein Sonderrecht dem gemeinen Wohl zu opfern, dafür entschädigt werden soll.

3. Marienwerder 30. 11. 16, PosMSchr. 17, 19 verneint einen Entschädigungsanspruch für die Verlegung des Schlußteils eines Feldbahngeleises, wenn die Anlage des Geleises auf einer frei widerruflichen Erlaubnis beruhte.

B. Bayern.

Schneider, BayRpflZ. 17, 207 behandelt den Rechtsschutz gegen den schädigenden rechtmäßigen Staatsakt nach bayer. Recht: Die Selbsthilfe des Gestörten versagt gegenüber dem rechtmäßigen Staatsakt, mag dies nun ein Gesetz oder ein Verwaltungsakt sein, insoweit, als dadurch der Zweck des Staatsaktes beeinträchtigt oder vereitelt würde. Auch hinsichtlich der Abhilfe seitens des Staates als Störers stehen sich Gesetz und bloßer Verwaltungsakt insofern gleich, als Abhilfe nur durch Vollzugshemmung, Änderung oder Aufhebung des Staatsaktes erreicht werden kann. Den wichtigsten Rechtsschutz bildet die Schadensersatzpflicht des Staates, deren Rechtsgrund noch aus dem polizeistaatl. Grundsatze: „Dulde und liquidiere!" stammt. Ein Überbleibsel der polizeistaatl. Fiskuslehre, die den Fiskus als juristische Person des Privatrechts neben den Staat als jurist. Person des öffentl. Rechts stellte, ist die Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung über die öffentl.-rechtl. Entschädigung. Der bayer. Staat leistet, soweit der unmittelbare Befehl eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung in Betracht kommt, wegen des Eingriffs in den sonst geschützten Privatrechtskreis Schadensersatz nur da, wo das Gesetz oder die Rechtsverordnung einen Schadensersatz ausdrücklich zuspricht. Auch in Ansehung obrigkeitl. Verwaltungsakte gewährt der bayer. Staat nur dann Schadensersatz, wenn es sich um die Beeinträchtigung oder Aufhebung von Rechten handelt, die der Gestörte aus lästigem Titel erworben hat. Ausgeschlossen ist aber auch hier die Entschädigung schlechthin, wenn der Verwaltungsakt sich innerhalb der gesetzl. bestimmten Grenzen der Ausübung der Regierungsrechte bewegte.

II. Enteignung.

A. Preußen.

1. **RG.** 30. 1. 17, R. 17, 140. Grundsätzlich erwächst dem Eigentümer aus der Enteignung nur die Pflicht eines Duldens, nicht die eines Tuns. Dieser Grundsatz darf aber nicht überspannt werden. Wenn der Unternehmer von der ihn sonst gemäß § 9 EnteignG. treffenden lästigen Pflicht zur Übernahme eines für das Unternehmen nicht erforderlichen und darum in den Plan (§§ 15, 18) nicht aufgenommenen Grundstücks dadurch frei gehalten werden kann, daß sich der Eigentümer die zweckmäßige Benutzung dieses Grundstücks nach seiner bisherigen Bestimmung (§ 9) durch eine geringfügige, ohne erhebliche Schwierigkeiten herzustellende Anlage, vorbehaltlich des Kostenersatzes durch den Unternehmer, auch weiterhin ermöglicht, so wird der Eigentümer diesen billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen nicht ablehnen dürfen.

2. **RG.** 8. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 960, R. 17, 387. Ist der Unternehmer selbst

Realberechtigter an dem enteigneten Grundstücke, so verringert sich die von ihm zu zahlende Entschädigungssumme um den Betrag des Wertes des Realrechts.

3. a) **RG.** 28. 11. 16, JW. 17, 167, R. 17, 47. Für die Annahme, daß der als Entschädigung zu gewährende Grundstückswert (§ 8 EnteignG.) die von dem bisherigen Eigentümer entrichtete Umsatzsteuer mitzuumfassen habe, fehlt es an jedem Anhalt. Wegen der Wertzuwachssteuer vgl. **RG.** 80, 329.

b) Dagegen Koffka, JW. 17, 167 unter Berufung auf die frühere Rechtspr. des **RG.** (vgl. 31, 214; 43, 356), die neben dem § 8 dem § 1 EnteignG. selbständige Bedeutung beimißt.

4. **RG.** 23. 5. 16, R. 17, 537. Ist ein Vorgarten ein selbständiger Gegenstand des Mietgebrauchs für die Hausbewohner, so bemißt sich der Wert eines enteigneten Vorgartenstreifens nach der Höhe des durch die Ziehung dieses Streifens zur Straße verursachten Mietausfalls.

5. **RG.** 24. 11. 16, JW. 17, 231, WarnE. 17, 13. Die Ausschlußfrist des § 30 EnteignG. wird nicht dadurch gewahrt, daß die Klage bei einem unzuständigen Gericht erhoben wird (vgl. **RG.** 3, 303).

B. Bayern.

BayVGH. 6. 6. 17, R. 17, 539. Die Prüfung der Frage der Notwendigkeit der Inbetriebsetzung eines Bergwerkes aus Gründen des öffentlichen Interesses (Art. 68 BergG. v. 13. 8. 1910) ist Sache der Verwaltungsbehörden und der Zuständigkeit des BayVGH. entrückt, wohl aber kann gegen die dahin gehende oberbergamtl. Aufforderung Beschwerde beim Staatsmin. des Kgl. Hauses und des Äußern erhoben werden.

C. Baden.

Karlsruhe 24. 2. 17, BadRpr. 17, 121 betrifft die Auslegung der §§ 10 und 7 Halbs. 2 des bad. EnteignG. v. 5. 10. 08, die Wertberechnung bei einer Teilenteignung und die Anrechnung der dem Enteigneten durch die Ausführung des Unternehmens zugehenden Vorteile auf die Enteignungsentschädigung.

D. Braunschweig.

Hampe, BraunschwZ. 17, 124. Können Grundstücke des Staates, des Kammerguts, des Landesherren, sowie der Kirchen, Pfarren und Schulen nach braunschw. Rechte enteignet werden? (Wird verneint.)

Art. 113.

RG 11. 10. 16, LeipzZ. 17, 264, R. 17, 52 u. 290 (hier 21. 10. 16). Das regelmäßige Teilnahmerecht an bestimmten gemeinsamen Grundstücken (Gemeinheiten) ist kein persönl. Vertragsrecht der ursprüngl. Vertragschließenden, sondern ein untrennbares Zubehör oder (i. S. des § 96 BGB.) ein Bestandteil der berechtigten Grundstücke (StriethA. 72, 258; OVG. 21, 143). Klageberechtigt sind nicht nur die „Gemeinheit" oder ihre gesetzl. Vertreter (preuß. G. v. 2. 4. 1887), sondern auch die einzelnen Grundstückseigentümer kraft eines Individualrechts der beteiligten Grundstücke (RG., GruchotsBeitr. 42, 1072).

Art. 118.

BayVGH. 13. 4. 17, R. 17, 391 über staatsaufsichtliches Einschreiten gegen Gemeinden auf Grund Art. 21 des bay. G. über die Landeskultur-Rentenanstalt v. 21. 4. 1884 (i. d. Fassung v. 31. 3. 08).

Art. 124.

Müller, GruchotsBeitr. 61, 608 befürwortet die rechtsähnliche Anwendung des § 912 BGB. auf die Verletzung der landesrechtl. Baugrenze (§§ 139, 140, 142ff. I 8 preuß. ALR.).

Art. 125.

RG 31. 3. 17, WarnE. 17, 218. Allerdings ist, wenn von dem Betriebe staatl. genehmigter Eisenbahnanlagen übermäßige schädliche Einwirkungen auf angrenzende Grundstücke ausgehen, für die Grundstückseigentümer eine Abwehrklage nach §§ 903, 906, 1004 BGB. weder auf Einstellung des Betriebs noch auf Vornahme von Vorkehrungen zur Beseitigung der schädlichen Einwirkungen gegeben, vielmehr steht ihnen nur wegen wesentlicher Beeinträchtigung der Benutzung ihrer Grundstücke ein Anspruch auf Schadensersatz zu (**RG.** 7, 267; 31, 287; 59, 134; 58, 74; 70, 152; JW. 10, 580 Nr. 15). Dabei ist aber vorausgesetzt, daß die Anlagen nach Maßgabe eines auf Grund des § 4 preuß. EisenbG. v. 3. 11. 1838 aufgestellten Planes vom Minister genehmigt sind (**RG.** 31, 288; 62, 132; WarnE. 09 Nr. 409; 10 Nr. 282; JW. 14, 937 Nr. 25). Das preuß. G. v. 11. 6. 1873, wodurch dem Staate die Mittel zur Herstellung der Bahn vom Landtage bewilligt wurden, ersetzt die Genehmigung der Anlage nicht.

Art. 134.

Vgl. oben Ziff. III zu § 1631 BGB.

Art. 135.

Vgl. oben zu § 1666 BGB. unter B.

Art. 139.

Kayser, PrVerwBl. 38, 681 erörtert die Grundzüge des armenrechtl. Erbrechts der Stadt Berlin. § 50 II 19 preuß. ALR. hat die geschlossene, § 67 II 19 und das Hofreskript v. 2. 7. 1801 die offene (außerhalb einer Armenanstalt gewährte) Armenpflege zum Gegenstande. Der Orts- und Landarmenverband Berlin ist an die Stelle des Armendirektoriums getreten und identisch mit der Stadtgemeinde (OVG. 18, 152). Erörtert wird ferner die Form und der Zeitpunkt der nach § 60 II 19 dem Armen zu eröffnenden Bekanntgabe des Erbrechts und der Begriff der Unentgeltlichkeit der gewährten Verpflegung. Entgegen RG., JW. 1897, 319 wird der Verpflegung der Charakter der Unentgeltlichkeit nur dann abgesprochen, wenn ein Entgelt für die Unterstützung als Vorleistung nicht gewährt wird (vgl. LG. I Berlin in Berliner Gemeinderecht 8, 263). Die relative Unwirksamkeit der dem Erbrecht der Anstalt entgegenstehenden Verfügungen auf den Todesfall wird nicht aus einem fingierten Widerruf (so StriethA. 40, 345), sondern aus der gesetzl. Bestimmung des § 75 II 19 abgeleitet.

Art. 143.

Rostock 24. 8. 15, KGJ. 49, 279, RJA. 14, 319. Nach dem für Mecklenburg geltenden Landesrecht kann ein Grundstück in einem Prozeßvergleich wirksam aufgelassen werden.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 163.

1. Dresden 5. 1. 16, SächsOLG. 38, 87. Die privilegierten Schützengesellschaften des Kgr. Sachsen, die für sich oder für ihre Satzungen die Bestätigung der Oberbehörden erlangt hatten, oder die sich im Genusse der sog. Schützenprivilegien befanden, bildeten nach sächs. Landesrecht juristische Personen des öffentl. Rechts; den Vereinen i. S. des Art. 82 sind sie niemals beigezählt worden. Wieweit ein Mitglied für die Verbindlichkeiten der Ges. haftet, bestimmt sich an erster Stelle nach den Satzungen.

2. **RG.** 22. 5. 16, WarnE. 17, 60. Welche Körperschaften als juristische Personen des öffentl. Rechts zu gelten haben, bestimmt sich auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach dem öffentl. Rechte des Bundesstaats, in dem sie bestehen (Fall einer privil. Schützengesellschaft in Sachsen). Die Mitglieder haften für Verbindlichkeiten einer solchen nur auf Grund eines von ihnen eingegangenen besonderen Rechtsgeschäfts.

Art. 164.

Schmitt, BayNotZ. 17, 296 untersucht die rechtl. Natur der Mühlverbände im Frankenwalde mit dem Ergebnis, daß es sich hierbei um Körperschaften (juristische Personen) handle, in deren Eigentum die Mühle stehe, während den einzelnen Mitgliedern daran nur Nutzungsrechte, sog. Schneidtage, zustehen.

Art. 169.

RG. 19. 1. 16; 88, 42. Unter die fünfjährige Verjährungsfrist des bad. LRS. 2277 fallen nur von vornherein fest bestimmte Leistungen, die in regelmäßig wiederkehrenden — jährlichen oder kürzeren — Fristen verfallen. Dies trifft allgemein auf den Gewinnanteil des Gesellschafters nicht zu, der dem Betrage nach von vornherin nicht feststeht und bei dem es infolge seiner Abhängigkeit von dem Gewinne der Ges. überhaupt ungewiß ist, ob er zur Entstehung gelangt.

Art. 170.

1. BayObLG. 21. 2. 16, JDR. 15 Ziff. 3, auch BayObLG. 17, 37.

2. BayObLG. 21. 1. 16, JDR. 15 Ziff. 4, auch BayObLG. 17, 160.

3. BayObLG. 18. 5. 17, E. 18, 79, OLG. 35, 345 Anm. 1, R. 17, 390. Mitgiftversprechen bedurften nach BayLR. Teil I Kap. VI § 13 Nr. 13 keiner Form. Insbes. ist ein solches nicht als pactum dotale i. S. von LR. Teil I Kap. VI § 29 anzusehen, wenn es an dem Erfordernisse des Vertragsschlusses zwischen Braut und Bräutigam fehlt und die Mitgift an sich Paraphernalgut wird. Auch als Schenkung wird ein solches Mitgiftversprechen nicht betrachtet.

4. **RG.** 6. 12. 16, LeipzZ. 17, 321. Sind Verträge vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen, so sind die Vorschriften des älteren Rechts auch hinsichtlich der Frage zur Anwendung zu bringen, ob ein Verstoß gegen gesetzl. Auslegungsvorschriften vorliegt.

Artt. 170, 173.

RG. 15. 3. 17, R. 17, 293. Bei altrechtl. Gemeinschaften zur gesamten Hand, die aus anderen als Gesellschaftsverträgen entstehen oder auf Verfügung eines Dritten beruhen, sind die Anteile nicht grundsätzlich unveräußerlich, es kommt vielmehr auf die Auslegung im einzelnen an, wobei rechtsähnl. Gebilde, z. B. der fortgesetzten Gütergemeinschaft herangezogen werden können. Soweit eine demnächst eintretende Gemeinschaft nach Bruchteilen zufolge des Teilungsrechts in Betracht käme, ergäbe sich die Veräußerlichkeit auch aus § 747 BGB. (GruchotsBeitr. 49, 967).

Art. 184.

1. **RG.** 9. 12. 16, LeipzZ. 17, 321. Ein vor 1900 in Preußen geschlossener Vertrag über Begründung des Wiederkaufsrechts hat infolge der Eintragung des Wiederkaufsrechts in das Grundbuch dingl. Wirkung erlangt und nach Art. 184 beibehalten.

2. KG. 10. 5. 17, R. 17 Nr. 1847. Die Löschung eines in Preußen vor 1900 eingetragenen landrechtl. Familien-, Vorkaufs- und Näherrechts kann durch einen nach 1900 gefaßten Familienschluß nicht mehr herbeigeführt werden.

3. Kiel 2. 4. 17, SchlHolstAnz. 17, 193. An Deichgrundstücken können nach schleswholst. Recht private Rechte, insbes. Dienstbarkeiten bestehen. Für den Umfang einer durch Ersitzung erworbenen Dienstbarkeit sind die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks maßgebend, wenn nicht eine wesentliche Umgestaltung dieser Bedürfnisse gegenüber den Verhältnissen während der Ersitzungszeit eine erhebliche Mehrbelastung des dienenden Grundstücks zur Folge hat.

4. Darmstadt 26. 9. 17, HessRspr. 18, 192. Der Umfang einer altrechtl. hessischen Servitut bestimmt sich nach dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks, nicht nach dem seines jeweiligen Besitzers.

5. **RG.** 30. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 301. Nach gemeinem Recht kann eine Grund-

dienstbarkeit, nach welcher der Eigentümer des dienenden Grundstücks für sich und seine Rechtsnachfolger verpflichtet ist, ohne Genehmigung der Eigentümer der herrschenden Grundstücke keine Verbindung seines Grundstücks mit einem dritten Grundstück herzustellen, formlos begründet werden.

Art. 187.

1. **RG.** 31. 3. 17, R. 17, 293. Wenn der Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke seinen Willen, das eine Grundstück dem anderen nach Art einer Grunddienstbarkeit (§§ 11, 12 I 22 preuß. ALR.) dienstbar zu machen, durch eine zur Ausübung erforderliche Maßnahme nach außen betätigt hat und dann ein Grundstück durch schriftl. Vertrag an einen anderen veräußert, so verwandelt sich das bisherige tatsächl. Dienstbarkeitsverhältnis, sofern der Wille der Vertragschließenden auf Fortdauer des Zustandes gerichtet ist, in eine Grundgerechtigkeit (**RG.** 13, 249; 38, 287; 49, 238).

2. München 21. 4. 17, OLG. 35, 328. Die Ausnahme des Art. 187 hat für Reallasten keine Geltung.

3. Kiel 14. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 257 erblickt in der dem Müller zugunsten der Anlieger obliegenden Verpflichtung zur Reinigung eines Flußlaufs, wenn diese Verpflichtung vom Obereigentümer bei Abgabe der Mühle in Erbpacht auferlegt ist, eine Reallast, zu deren Wirkung Dritten gegenüber es nach § 12 preuß. EigErwG. der Eintragung im Grundbuche bedurfte, die aber auch gegen den Gesamtrechtsnachfolger und denjenigen wirkt, welcher die Reinigungspflicht beim Kaufe übernommen hat.

Art. 192.

Stuttgart 17. 2. 17, R. 17 Nr. 651. Eine von Anfang an nichtige Vorbellhypothek war kein zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs „bestehendes Pfandrecht“; sie hatte als nicht vorhanden zu gelten.

Art. 200.

I. Ausländisches Recht.

RG. 28. 4. 17, LeipzZ. 17, 855. Haben die Eheleute als russische Juden ihren ersten Ehewohnsitz in Kowno genommen, sind sie dann i. J. 1884 nach Westpreußen übergesiedelt, wo sie naturalisiert worden sind und ihren Wohnsitz genommen haben, so gilt auch nach Inkrafttreten des BGB. in Ansehung ihres Güterstandes das jüdisch-talmudische Recht, wonach dem Manne am eingebrachten Gute der Frau der Nießbrauch zusteht mit der Maßgabe, daß die Rechtshandlungen der Ehegatten in Beziehung auf einen Dritten nach den Regeln der allgemeinen Gütergemeinschaft des preuß. ALR. zu beurteilen sind (§§ 351, 352 II 1 preuß. ALR.; Art. 59 § 9, Art. 89 Nr. 1 preuß. AGBGB.).

II. Preußen.

1. Gemeinschaft der Güter und des Erwerbes nach Provinzialrecht.

RG. 9. 11. 16, R. 17, 54. Die Aufhebung einer auf Provinzialgesetze oder Statuten sich gründenden Gemeinschaft der Güter und des Erwerbes war nach ALR. auch mit Bewilligung beider Ehegatten während der Ehe allgemein und nicht bloß in Beziehung auf die Gläubiger, sondern auch unter den Eheleuten selbst unzulässig. Der die Ausnahme hiervon enthaltende § 418 II 1 ALR. gestattete den Eheleuten nur, die Folgen der Gemeinschaft in bezug auf einen künftigen Sukzessionsfall durch Vertrag aufzuheben oder abzuändern, worin zugleich das Verbot eines Vertrags über andere Folgen der Gemeinschaft, und zwar das Verbot auch in bezug auf die Eheleute selbst lag.

2. Märkisches Recht.

KG. 3. 2. 16, KGJ. 49, 51. Das Wahlrecht des überlebenden märkischen Ehegatten i. S. des Art. 46 § 4 Abs. 3 preuß. AGBGB. geht nicht auf den einzelnen Miterben über, sondern kann nur von allen Miterben zusammen ausgeübt werden. Auch deren Wahlrechtserklärungen sind in öffentl. beglaubigter Form abzugeben. Das NachlaßG.

hat beim Vorliegen eines Erbscheinsantrags übereinstimmende formgerechte Erklärungen der Miterben über das Wahlrecht zu verlangen, die nötigenfalls von den Beteiligten im Prozeßwege herbeizuführen sind.

3. Westfälisches Güterrecht (G. v. 16. 4. 1860).

a) Hamm 13. 12. 15, OLG. 34, 255. Nach § 10 Abs. 4 des G. v. 16. 4. 1860 ist der überlebende Ehegatte „für sich allein berechtigt, durch Übertragsverträge — unter den unabgefundenen Kindern die Sukzession in das gemeinschaftl. Vermögen zu regeln; es muß jedem Kinde jedoch wenigstens der Wert des ihm nach § 15 zustehenden Anteils zugewandt werden". Diese letztere Bestimmung hat OLG. Hamm früher dahin ausgelegt, daß, wenn der Überlebende zugunsten eines der unabgefundenen Kinder einen Übertragsvertrag abschließt und sich nicht etwa den Nießbrauch und die Verwaltung an dem übertragenen Vermögen vorbehält, er den anderen Kindern den Wert ihres Anteils nicht zur sofortigen Auszahlung, sondern erst für einen späteren Zeitpunkt zuwenden könne. Allein der Wortlaut des Gesetzes und dessen Motive rechtfertigen diese Auslegung nicht, andererseits verlangt die Billigkeit eine Gleichstellung aller Kinder hinsichtlich des Zeitpunktes der Auszahlung.

b) Hamm 24. 1. 17, OLG. 35, 15. Bei Ermittlung des Schichtteils nach dem G. v. 16. 4. 60 ist der unabhängig von einer Vertragsregelung vorhandene Vermögensstand zugrunde zu legen. Der Wert einer ausbedungenen Leibzucht ist daher nicht abzuziehen. Der gegenteiligen Ansicht des RG. (Urt. v. 23. 9. 16) wird nicht beigetreten.

c) KG. 21. 2. 16, KGJ. 49, 171. Wird der überlebende Ehegatte entmündigt, so endet dadurch zwar die westfälische fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 2 G. v. 16. 4. 1860); das Recht des Entmündigten, das Vermögen der fortgesetzten Gütergemeinschaft allein zu verwalten und darüber allein zu verfügen, ruht jedoch. Während der Dauer des Ruhens bedarf es zur Verwaltung und Verfügung in Ansehung des Vermögens der westf. fortgesetzten GG. des Zusammenwirkens sämtlicher Teilhaber der GG. oder ihrer gesetzlichen Vertreter.

4. Einkindschaft.

a) Hamburg 14. 6. 17, HansGZ. 17 Bbl. 197. Die Einkindschaft ist ein deutschrechtliches Institut, dessen Wirkungen streitig sind. Die Anhänger der Filiationstheorie gestehen in der Mehrzahl dem neuen Parens das Recht zu, die Vorkinder auf den Pflichtteil zu setzen; die Anhänger der Erbvertragstheorie halten im wesentlichen dafür, daß die Vorkinder durch die Einkindschaft ein vertragsmäßiges unentziehbares und unbeschränkbares Recht auf ihre den Anteilen leiblicher Kinder gleichkommende Intestatportion erwerben. In RG. 6, 163, SeuffA. 37, 324 ist der zweiten Theorie für den Fall Vorzug gegeben, daß das Partikularrecht keine auf die Begründung eines Kindesverhältnisses hinweisende Bestimmung enthalte, und der Vertrag selbst schlechthin die Einkindschaft vereinbare, ohne dem neuen Parens die Testierfreiheit wie bei leiblichen Kindern zu gewähren. Anders, wenn der Vertrag bestimmt, daß die Kinder ein Erbrecht gleich den Kindern aus der ersten Ehe haben sollen, RG. SeuffA. 38, 296; JW. 1887, 71; HansGZ. 1897 Bbl. Nr. 15. Für das hamburgische Recht ist HansGZ. 03 Bbl. Nr. 154 ausgesprochen, daß der Einkindschaftsvertrag ein unentziehbares Intestaterbrecht nicht gewähre. Im vorliegenden Falle ist angenommen worden, daß die Kinder erster Ehe erbrechtlich den leibl. Kindern gleichgestellt werden sollten und daher auch auf den Pflichtteil gesetzt werden durften.

b) **RG.** 14. 6. 17, R. 17, 389. Durch den Einkindschaftsvertrag werden nicht bloß zwischen den Stiefkindern und dem Stiefparens neue Erbrechte begründet, vielmehr wird auch das den Kindern gegen ihren leibl. Parens zustehende gesetzl. Erbrecht in ein vertragsmäßiges umgewandelt (§§ 734, 747, 748 II 2 preuß. ALR., ObTrib. 42, 259;

RG. JW. 97, 406 Nr. 13). Daneben muß der die Einkindschaftsehe schließende Ehegatte seinen Kindern das Voraus aussetzen, das nach § 725 die Natur eines erbvertragsmäßig zugesicherten Vorausvermächtnisses hat. Dieses Voraus fällt nach § 750 im Falle der Scheidung fort. § 725 schließt die Rechtsgültigkeit einer Vereinbarung nicht aus, nach welcher dem Voraus der Charakter einer Zuwendung unter Lebenden beigelegt wird.

5. Jütisch Low.

Kiel 24. 3. 17, R. 17 Nr 1848. Das nach Jütisch Low bei beerbter Ehe der Witwe an dem Gesamtgute zustehende Anteilsrecht (Recht auf den besten Kindsteil) ist eine erbrechtl. Wirkung des ehel. Güterrechts. Die Witwe kann daher über ihren Anteil am Gesamtgute nach § 2033 BGB. dingl. verfügen. AM. Mathiessen, SchlHolstAnz. 00, 354.

6. Nassauisches Recht.

KG. 29. 9. 16, FrankfRundsch. 50, 216 — in Bestätigung von LG. Wiesbaden 7. 3. 16, FrankfRundsch. 50, 290 — Die Errungenschaftsgemeinschaft des vorm. Nassauischen Rechts war eine solche zur gesamten Hand (Sayn, Das Nass. Privatrecht 1915 S. 166). Das Gemeinschaftsgut bleibt auch nach dem Tode des einen Ehegatten mit dem übrigen, zurzeit des Todes vorhandenen Vermögen der Ehegatten in der Hand des überlebenden (des Leibzüchters) vereinigt. Die Leibzucht ist noch jetzt in Geltung geblieben, und zwar auch bei denjenigen Ehen, welche seit dem 1. 1. 00 übergeleitet und erst später durch den Tod des einen Ehegatten getrennt sind (Art. 53 § 1 preuß. AGzBGB.).

7. Solmser Recht.

BayObLG. 26. 1. 17, E. 18, 6, BayNotZ. 17, 141, LeipzZ. 17, 682, OLG. 34, 256, R. 17, 200. Art. 54 § 1 preuß. AGBGB. trifft nur für das in den vormals kurhessischen Gebietsteilen des OLGBezirkes Cassel geltende Solmser Recht Bestimmung und ordnet für dieses Rechtsgebiet in der Annahme, daß daselbst die Errungenschaftsgemeinschaft in der Gerichtsübung als Gemeinschaft des Zugewinstes sich entwickelt habe, die Überleitung in das gesetzl. Güterrecht des BGB. an. Das in anderen preuß. Gebietsteilen bis 1. 1. 00 geltende Solmser Recht wurde jedoch nach Art. 53 § 1 AGBGB. abweichend hiervon in die Errungenschaftsgemeinschaft des BGB. umgewandelt, weil dort das ehel. Güterrecht sich als eigentliche Errungenschaftsgemeinschaft entwickelt hatte. Hiernach wird ein während der Ehe von einem der Ehegatten erworbener Vermögensgegenstand Miteigentum beider Ehegatten zu gleichen Teilen, und zwar auch dann, wenn der Gegenstand aus Mitteln des Sonderguts des erwerbenden Eheteils angeschafft worden ist. Diese Grundsätze kommen aber im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nicht zur Anwendung, wenn die ehel. Lebensgemeinschaft für immer aufgegeben ist, da darin der stillschweigende Ausschluß der Errungenschaftsgemeinschaft zu finden ist.

III. Bayern.

1. BayObLG. 30. 10. 16, JDR. 15 Ziff. I 2 zur Art. 200, auch E. 17, 214.

2. BayObLG. 27. 4. 17, E. 18,71, R. 17, 344. Nach dem Bamberger Landrecht ist eine Auseinandersetzung des Gesamtguts auch dann erforderlich, wenn die Ehe aus alleinigem Verschulden eines Ehegatten geschieden ist. Ein Übergang der Gesamtgutsgrundstücke auf den unschuldigen Teil findet kraft Gesetzes nicht statt, vielmehr bedarf es der Auflassung, wenn nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft einer der Ehegatten Grundstücke zum Alleineigentum oder zum Gesamtgut einer mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft übernehmen will (Teil II Kap. 3 Abt. II Tit. 1 BambLR.; Art. 72 ÜbergG. z. BGB.).

3. Meyer, BayNotZ. 17, 128 erörtert im Anschluß an BayObLG. 12, 700 das Verhältnis des Eingebrachten zum Gesamtgut nach Bayreuther Übergangsrecht.

IV. Französisches Recht.

a) LG. Mainz 22. 11. 16, HessRspr. 17, 275. Die nach Auflösung der französisch-rechtl. ehel. Gütergemeinschaft vor dem 1. 1. 1900 eingetretene Gemeinschaft gehört, wie auch die Erbengemeinschaft des franz. Rechts nicht zu den Gemeinschaften nach Bruchteilen und unterliegt daher nicht den Wirkungen der Artt. 173, 181 Abs. 1 EGBGB. Nach dem maßgebenden franz. Recht steht den einzelnen Mitteilhabern während der Dauer der Gemeinschaft zwar ein Quotenanteil an der gesamten gemeinschaftl. Masse, nicht aber an den dazu gehörenden einzelnen Gegenständen oder Teilen von solchen als besonderes Eigentum zu.

b) Vgl. dazu die Bemerkungen von Schwarz a. a. O. 39, der jedenfalls die Unzulässigkeit der Belastung des Anteils an einer aufgelösten franz.-rechtl. ehel. Gütergemeinschaft gleichfalls als richtig ansieht.

Art. 208.

Braunschweig 24. 10. 16, BraunschwZ. 17, 133. Nach Gemeinem Recht konnte die Unterhaltspflicht auch von einem Dritten erfüllt werden; der Dritte erwarb damit gegen den pflichtigen Erzeuger die actio negotiorum auf Erstattung. Der Unterhaltsanspruch konnte auch gegen die Erben des Erzeugers verfolgt werden.

Art. 213.

I. Auslegung älterer Verfügungen von Todes wegen.

1. BayObLG. 12. 6. 17, E. 18 B 77. Für die Auslegung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Testaments kann das frühere Recht nur insofern in Betracht kommen, als anzunehmen ist, daß der nach 1900 verstorbene Erblasser die daraus sich ergebenden Folgen tatsächlich gewollt hat.

2. BayObLG. 11. 2. 16, E. 17, 27. Wie nach BGB., war es auch nach preuß. ALR. anerkannter Grundsatz, daß zur Erbeinsetzung, auch für die Nacherbfolge, jede Fassung einer letztwilligen Verfügung genügt, aus der die Absicht des Erblassers erhellt, über den Inbegriff seines Nachlasses zu verfügen, und daß die Bezeichnung „Erbe" nicht erforderlich ist. Durch die testamentarische Bestimmung, daß der Erbe, wenn er unverehelicht oder als kinderloser Witwer verstirbt, den Nachlaß, soweit er seinen Pflichtteil übersteigt, einem anderen zu überlassen habe, wird diesem nicht eine bestimmte Summe zugewendet, sondern eine Gesamtnachfolge in den den Pflichtteil übersteigenden Nachlaß angeordnet, welche dem Begriffe der Erbfolge entspricht.

3. KG. 1. 10. 14, OLG. 34, 312. Wenn auch die formelle Bedeutung der Kodizillarklausel (Vorbehalt von Nachzetteln) gegenüber den Vorschriften des BGB. über die Form letztwilliger Verfügungen weggefallen ist (KGJ. 45, 139), so ist doch ihre materielle Bedeutung geblieben, obwohl das BGB. Nachzettel nicht kennt. Grundsätzlich sind zwar auch alle Testamente nach neuem Rechte auszulegen, wenn der Erblasser unter dem neuen Rechte stirbt. Dies gilt aber nicht, wenn die Erblasser ausdrücklich auf Einrichtungen des alten Rechtes Bezug nehmen und dadurch diese Einrichtungen zum Inhalt ihrer Willenserklärung machen. Nach preuß. ALR. durfte aber in Nachzetteln nur über einzelne Stücke, Summen, Rechte oder Pflichten verordnet, jedoch nicht die Erbeseinsetzung des Testaments aufgehoben oder abgeändert, insbes. keine Substitution angeordnet werden.

4. **RG.** 16. 5. 17, LeipzZ. 17, 1258. Ob die Witwe, die nach § 1931 BGB. ihren Mann gesetzlich beerbt hat, daneben noch den ihr in einem nach rhein.-franz. Recht (code civ. art. 843ff.) errichteten Ehevertrage an dem gesamten Nachlasse vermachten Nießbrauch beanspruchen könne, hängt von der Auslegung des Ehevertrags ab. Ist es als Vertragswille anzusehen, daß das Nießbrauchsvermächtnis nur ein nach dem code civil fehlendes Erbrecht des Ehegatten ersetzen solle, so kann die Witwe den Nießbrauch nicht verlangen, nachdem sie ihr gesetzl. Erbrecht, das ihr jetzt in § 1931 BGB. gewährt ist, geltend gemacht hat (JW. 09, 220; WarnE. 13, 231).

5. **RG.** 10. 5. 17, HansGZ. 17 Beibl. 284, LeipzZ. 17, 1259. Nach Gemeinem Recht waren Schenkungen unter Eheleuten verboten und ungültig. Inwiefern dieser Umstand als Auslegungsbehelf für die Frage, ob dem durch ein gemeinschaftliches Testament der Eheleute zur freien Verfügung über den gesamten Nachlaß ermächtigten überlebenden Ehegatten auch das Recht, im Fall seiner Wiederverheiratung dem neuen Gatten das Vermögen zu verschenken, eingeräumt sein sollte, ist Sache der Würdigung des Falles. Das freie Verfügungsrecht des Längstlebenden findet dort seine Grenze, wo er es mißbrauchen wollte, um rechtsgeschäftl. unter Lebenden die ihn letztwillig bindenden Anordnungen des Erstverstorbenen zu hintertreiben, z. B. durch größere Schenkungen in dem Bewußtsein, daß dadurch die Anrechte der nachberufenen Erben beeinträchtigt werden (**RG.** 28, 172; 41, 169; JW. 00, 830 Nr. 11). Vgl. Ziff. 3 zu § 2269 BGB.

6. Dresden 10. 2. 16, SächsOLG. 37, 431, SeuffA. 72, 131. Ist in einem unter der Herrschaft des früheren sächs. BGB. errichteten gemeinschaftl. Testamente die Bestimmung einer als Miterbe eingesetzten Stiftung einer späteren Zeit und der Verfügung des Zuletztsterbenden oder einer Behörde vorbehalten, die Bestimmung aber erst nach dem Inkrafttreten des DBGB. durch die zuständige Behörde getroffen worden, so ist die Wirksamkeit dieses Anspruchs nach neuem Recht zu beurteilen und im Hinblick auf § 2065 Abs. 2 DBGB. zu verneinen.

7. **RG.** 6. 7. 16, LeipzZ. 17, 191. Die nach § 2086 sächs. BGB. gewährte Ermächtigung des Erblassers, einem Dritten die Bestimmung darüber zu überlassen, wer der testamentarisch für einen bestimmten Erbteil berufene Erbe werden solle, hat, wenn von ihr vor dem 1. 1. 1900 nicht Gebrauch gemacht worden ist, mit dem Inkrafttreten des BGB. ihre Wirksamkeit verloren. Art. 214 Abs. 1 bezieht sich nur auf solche letztwilligen Verfügungen, die vor dem 1. 1. 00 in sich vollendet und fertig zum Abschlusse gekommen sind, hier handelt es sich aber um die Ergänzung einer Lücke des vor dem 1. 1. 00 errichteten Testaments, die seit diesem Tage nach § 2065 Abs. 2 BGB. nur durch den Erblasser selbst hergestellt werden kann.

II. Erbrechtl. Bestimmungen älteren Rechts.

A. Gemeines Recht.

Hamburg 1. 7. 16, SeuffA. 72, 297. Nach Gemeinem Recht war wohl die zusammenfassende Verfügung des Erben über seinen Erbschaftsanteil in der Gesamtheit zulässig, es legte aber im Gegensatze zu § 2033 BGB. der Verfügung keine dingl. Wirkung bei, erforderte vielmehr zur Erlangung der dingl. Rechte an den Nachlaßsachen und zum Erwerbe der Forderungen die Übereignung oder Abtretung und im Falle der Verpfändung die Übertragung des Pfandrechts an den einzelnen Nachlaßgegenständen nach den dafür geltenden Rechtsgrundsätzen.

B. Preuß. ALR.

1. PrOVerwG. 1. 2. 16, PrVerwBl. 38, 449. Nach früherem preuß. Recht (§§ 288, 483 I 12 ALR.) bedurfte es, wenn Grundstücke oder ideelle Grundstücksteile zum Gegenstande von Vorausvermächtnissen gemacht wurden, zur Umschreibung des Eigentums nicht der Auflassung, sondern der bloßen Genehmigung der Erben (KGJ. 14, 107). Anders bei Teilungsanordnungen des Erblassers (KGJ. 28 A 190; 22 A 303; 14, 105).

2. **RG.** 26. 9. 16, LeipzZ. 17, 45. Auch nach preuß. ALR. konnte durch einseitige Verfügung des Erblassers unter Lebenden die Ausgleichung nur bei der Zuwendung angeordnet werden (**RG.** 23, 292).

C. Nassauisches Recht.

Frankfurt 11. 5. 16, KGJ. 49, 255, R. 17 Nr. 850. Seit dem Inkrafttreten der preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875 war im Rechtsgebiete des vorm. Herzogtums Nassau, auch wenn unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt stehende Minderjährige

beteiligt waren, die außergerichtl. Erbteilung vorbehaltlich der vormundschaftsgerichtl. Genehmigung des Erbteilungsvertrags zulässig. Seit dieser Zeit war in dem vorausgesetzten Falle die gerichtl. Vermittlung der Erbauseinandersetzung von dem übereinstimmenden Antrage des gesetzl. Vertreters des Minderjährigen und der übrigen Beteiligten abhängig.

D. Sachsen.

Dresden 10. 7. 16, ZBlFG. 17, 382. Die erleichterte Testamentsform des gemeinrechtl. testamentum parentum inter liberos ist zwar durch § 2115 sächs. BGB. der Verfügung seitens des einen Ehegatten zugunsten des anderen zugänglich gemacht worden, sie stand aber dem Verfügenden nur zu Gebote, wenn er die Verfügung zugunsten des Ehegatten gleichzeitig mit einer Verfügung zugunsten der Kinder traf (vgl. SächsOLG. 2, 461).

E. Hamburg.

Hamburg 29. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 207, LeipzZ. 17, 1373. Wie für das Recht des BGB. (**RG.** 56, 330; 61, 139), ist auch für das frühere hamburgische Recht anzunehmen, daß der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter der Erben war, sondern seine Amtspflichten und Befugnisse aus eigenem Recht wahrnahm.

F. Französisches Recht.

Colmar 9. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 403, ElsLothNotZ. 17, 247. Dadurch, daß ein Ehegatte von dem anderen Ehegatten eine Schenkung von Todes wegen empfangen hat, wird dessen gesetzl. Erbfolge nicht ausgeschlossen, denn eine solche Ausschließung kann nicht durch einen Vertrag, sondern nur durch einseitige Erklärung in Form eines Testamentes bewirkt werden. Außerdem würde eine in der Schenkung enthaltene Vereinbarung der Eheleute über den Ausschluß des Mannes von dem gesetzl. Erbrecht dessen Verzicht auf das Erbrecht enthalten, der nach art. 791, 1130 code civ., Art. 217 EG. nichtig sein würde.

Art. 214.

I. Bisheriges Recht.

A. Gemeines Recht.

1. **RG.** 4. 6. 17, LeipzZ. 17, 1178. Nach Gemeinem Recht ist bei einem gemeinschaftl. Testament von Eheleuten eine vertragsmäßige Bindung und Unabänderlichkeit nur soweit anzunehmen, als sie sich im einzelnen Falle aus ausdrückl. Bestimmungen oder aus dem Gesamtinhalte der letztwilligen Verfügung ergibt (**RG.** 6, 174; JW. 90, 11; 97, 153). — Die §§ 492ff. II 1 preuß. ALR. (betreffs der Korrespektivität gemeinschaftl. Testamente) sind in der Mark Brandenburg nicht suspendiert.

2. BayObLG. 1. 6. 17; 18, 98, R. 17, 390. Erbverträge konnten nach Gemeinem Recht und preuß. ALR. auch dann nicht mehr von dem einen Vertragschließenden widerrufen werden, wenn der eingesetzte Erbe dem Vertrage nicht beigetreten war. Wohl aber war insolange der gemeinsame vertragsmäßige Widerruf ohne Zuziehung des künftigen Erben möglich.

B. Bay. Landrecht.

BayObLG. 16. 6. 16, E. 17, 153. Für den Begriff eines korrespektiven Testaments ist nach Teil III Kap. 4 § 11 BayLR. die Zusammenwerfung des Nachlasses des zuerst versterbenden Eheteils und des eigenen Vermögens des überlebenden Eheteils nicht unbedingte Voraussetzung.

C. Sachsen.

Dresden 28. 9. 16, SächsRpflA. 17, 100. Aus §§ 2201, 2214 Satz 2 sächs. BGB. folgt, daß ein Ehemann, der die Erbschaft seiner Frau aus dem gemeinschaftl. Testament angenommen hat, seine eigenen letztwilligen Verfügungen nicht widerrufen, also auch dem gemeinschaftl. Testamente widersprechende Anordnungen nicht treffen darf.

II. Übergangsrecht.

1. a) **RG.** 17. 9. 17, BayRpflZ. 17, 389 (hier 27. 9. 17), GruchotsBeitr. 62, 123, JW. 18, 40, bleibt bei der bisherigen Rechtsauffassung (**RG.** 50, 316; 62, 14; JW. 11, 441, 414), daß der Widerruf eines unter der Herrschaft des preuß. ALR. errichteten wechselseitigen Testamentes auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht gemäß § 2271 BGB., sondern gemäß § 587 I 12 preuß. ALR., also durch Test. zu erfolgen habe, die Form des Test. aber seit dem Inkrafttreten des BGB. sich nur nach dessen Vorschriften bestimme (**RG.** 83, 312).

b) Ebenso KG. 16. 11. 16, KGBl. 17, 22.

c) Dresden 27. 10. 16, SächsOLG. 38, 256. Art. 214 bindet den überlebenden Ehegatten nur in Hinsicht auf solche Rechtsgeschäfte, die unmittelbar die früheren letztwilligen Anordnungen ändern sollen. Dagegen wird durch Art. 214 der zweite Ehegatte des überlebenden Eheteils nach dessen Tode nicht behindert, den ihm nach neuem Recht (BGB. § 2303) gesetzlich zustehenden Pflichtteil zu verlangen.

Art. 217.

1. Kiel 31. 10. 16, SchlHolstAnz. 17, 122. Nach Gemeinem Recht waren Erbverzichte formlos gültig. Ist der Verzicht mit Wirkung für den ganzen Kindesstamm erklärt, so erlangt er durch die Tatsache, daß die Kinder den Verzichtenden beerben, Rechtswirksamkeit. Ob und wieweit die Kinder an den Erbverzicht gebunden sind, richtet sich nach dem Rechte, welches für die Beerbung des Verzichtenden maßgebend ist.

2. KG. 10. 2. 16, KGJ. 49, 73. Ein unter der Herrschaft des preuß. ALR. unter den gesetzl. Erben über Entsagung einer künftigen Erbschaft geschlossener Vertrag schließt den Entsagenden von der gesetzl. Erbfolge nicht aus, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist.

Gesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen.

Schrifttum: Liebenwalde, Zum Begriffe der Verfügungen über Mietzinsforderungen, KGBl. 17, 42.

Art. 2.

I. Begriff der Verfügung.

1. KG. 20. 2. 17, KGBl. 17, 57. Die von dem im Range nachstehenden HypGläubiger zuerst bewirkte Pfändung ist als „Verfügung" über die Mieten i. S. des § 1124 BGB. anzusehen (vgl. **RG.** 80, 316). (Der Zeitfolge der Pfändungen kommt eine gewisse Bedeutung nur im Rahmen des § 1124 BGB. zu; sonst entscheidet beim Streit dingl. Gläubiger die Rangfolge der dingl. Rechte über das Vorrecht der Mietspfändung.)

2. LG. II Berlin 13. 1. 17, KGBl. 17, 43. Die Abmachung, durch welche der Mietzins für die Kriegsdauer auf 40 M. monatlich ermäßigt worden ist, kann als eine Verfügung über den Mietzins i. S. des § 573 BGB. nicht angesehen werden. Es muß sich um Übertragungen des Mietzinses (§§ 398ff. BGB.) oder auch Verpfändungen (§§ 1279ff. BGB.), Vermächtnisse usw. handeln, nicht aber um eine bloße Ermäßigung des Mietzinses (vgl. Staudinger, Anm. II 2c zu § 573 BGB.). — Hiergegen

3. Liebenwalde, ebenda: Im vorliegenden Falle bedeutet die „Abänderung" des Mietvertrages nicht seine Auflösung und Ersetzung durch einen neuen Mietvertrag mit neuem Inhalt, vielmehr bleibt hier das ursprüngliche Vertragsverhältnis grundsätzlich bestehen, und nur die Mietzinsforderung wird durch einen Erlaß i. S. des § 397 Abs. 1 BGB. ermäßigt. Der teilweise Erlaß der Mietschuld enthält eine Verfügung, da durch ihn die Mietzinsforderung unmittelbar geändert wird. (Ebenso Trendelenburg, Komm. 68 Anm. 2, Reinhard, Komm. 11 Anm. I 1.)

II. KG. 29. 3. 17, LeipzZ. 17, 1103. Vorausbezahlung von Mieten auf länger als das z. Z. der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr ist ungültig, auch wenn besondere Vergünstigungen damit verbunden sind. Es macht keinen Unterschied, ob die Verfügung über den Mietzins bereits im Mietvertrage erfolgt ist oder erst später getroffen wird. Wollte man Verfügungen über die Miete deshalb für gültig halten, weil sie bereits bei Abschluß des Mietvertrages und zur Erleichterung oder Ermöglichung des Abschlusses getroffen sind, so würde dadurch in vielen Fällen der Zweck der Vorschrift vereitelt werden, denn das Gesetz ist ausschließlich zum Schutze der HypGläubiger erlassen, denen zur Sicherung ihres Pfandrechts die Grundstücksmieten in weitestem Umfange haften sollen.

Art. 4.

I. 1. Hamburg 16. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 40, JW. 17, 239 (Anm. v. Stillschweig), LeipzZ. 17, 215, OLG. 35, 194. Im Art. 1 handelt es sich um eine Vorschrift des Verfahrens, die nach allgemeinen Grundsätzen ohne weiteres mit dem Gesetze selbst in Kraft tritt. Ob eine Vorschr. gleichzeitig oder gar vorwiegend bürgerlich-rechtl. Wirkungen zur Folge hat und ihre sofortige Anwendung in wohl erworbene Rechte eingreift, ist gleichgültig. Sollen derartige Folgen verhütet werden, so muß das Ges. das ausdrücklich vorschreiben. Das hier in Betracht kommende Ges. hat solche Vorschr. nicht getroffen, und daher bildet seit dem 20. 6. 15, an dem es in Kraft getreten ist, die Beschlagnahme des Grundstücks den für die Berechnung der in Art. 2 bestimmten Frist maßgebenden Anfangszeitpunkt. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Beschlagnahme noch vor dem Inkrafttreten des Ges. angeordnet worden ist. Denn die Beschlagnahme schlechthin hat seitdem an Stelle des Zuschlags, der Erstehung des Grundstücks i. S. des früheren § 57 ZVG. zu treten. Richtig ist, daß ein solches Ergebnis die beiden Fälle, in denen der Eigentumswechsel freiw. und auf Grund einer ZwVerst. erfolgt, in gewissem, wenn auch durch Art. 4 stark eingeschränktem Umfange verschieden, und zwar zuungunsten des Zessionars in letzterem Falle behandelt. Allein der Gesetzgeber scheint eine solche Gestaltung tatsächlich beabsichtigt zu haben, da in der dem Entw. des Ges. beigegebenen Begr. ausgesprochen ist, daß für die Vorschrift des Art. 1 von Übergangsbestimmungen abgesehen werden solle. Daß im übrigen der Art. 4 des Ges. solche Übergangsvorschrift für die Fristverkürzung des Art. 3 vorsieht, und dazu in der Begr. des Entw. ausgeführt wird, daß bis zu einer gewissen Zeitgrenze (30. 9. 15) die durch frühere Verfügungen über die Mieten erworbenen Rechte gewahrt werden sollen, spricht nicht gegen die hier vertretene Auffassung. Denn die die Frist des § 574 BGB. kürzende Vorschrift des Art. 2 ist rein bürgerl.-rechtl. So auch Reinhard, ZBlFG. 16, 211.

2. Stillschweig, JW. 17, 239 wendet sich gegen diese Entsch., soweit sie die Geltung der im Art. 4 gegebenen Übergangsvorschriften für den Art. 1 schlechthin ausspricht, auch soweit hier über die Wirkungsdauer von Vorausverfügungen Bestimmung getroffen wird (im Anschluß an seinen Aufsatz JW. 15, 622). Für die Übergangsfälle ist die Verf. dem Ersteher gegenüber insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für das z. Z. der Beschlagnahme (neues Recht: Verfahrensvorschrift) laufende und das folgende (altes Recht: materielle Vorschrift) Kalendervierteljahr bezieht.

II. 1. Hamburg 13. 10. 16, DJZ. 17, 341, HansGZ. 17 Bbl. 25, LeipzZ. 17, 215, OLG. 34, 209, R. 17, 32 u. 81, 373, 585 vgl. JDR. 15 Art. 4 B 2. Ebenso

2. KG. 27. 5. 16 u. Dresden 10. 5. 16, OLG. 34, 209, R. 17, 585 vgl. JDR. 15 Art. 4 B 1 u. 3.

3. KG. 4. 12. 16, KGBl. 17, 14, R. 17, 522. Diese Bestimmung ist einschränkend dahin auszulegen, daß die frühere Verfügung ihre Wirksamkeit für den gleichen Zeitraum behält, wie wenn fortdauernd das frühere Recht maßgebend geblieben wäre, das für den Beginn des Zeitraums maßgebende Ereignis aber schon zu der Zeit eingetreten wäre, wo das neue Recht in Kraft getreten ist.

4. Hamburg 13. 7. 16, HansGZ. 17 Bbl. 21, OLG. 34, 209, R. 17, 273 vgl. JDR. 15 Art. 4 B 4.

Reichshaftpflichtgesetz.

Schrifttum: Eger, Die außerkontraktliche Haftung der in deutscher Verwaltung befindlichen belgischen Bahnen, SächsRpflA. 17, 14.

§§ 1ff.

1. Eger, Für die außerkontraktl. Haftung der in deutscher Verwaltung befindl. belg. Bahnen kommt das belg. Recht in Frage, da das besetzte Gebiet Teil des feindl. Auslandes bleibt.

2. **RG.** 18. 1. 17, WarnE. 17, 133. Das HpflG. findet auch auf den Eisenbahnbetrieb in Südwestafrika Anwendung. Es ist nicht zulässig, den Verletzten auf eine untergeordnete Arbeitstätigkeit zu verweisen, wenn er die Befähigung für verantwortliche und daher besser besoldete Stellen gehabt hat.

§ 1.

I. Begriff der Eisenbahn.

Darmstadt 7. 6. 16, HessRspr. 18, 1. Eine nur 80 m lange Feldbahn mit schmaler Spurweite, bestimmt zum Transport von Erde von einem höher gelegenen Anfangspunkt nach einem etwas tiefer gelegenen Endpunkt, bei der als Betriebskraft nur die eigene Schwerkraft des verwendeten Kippwagens in Betracht kommt, ist keine Eisenbahn.

II. Betriebsunfall. Betriebsgefahr.

1. **RG.** 16. 4. 17, BayRpflZ. 17, 356, GruchotsBeitr. 61, 808, HessRspr. 18, 77, JW. 17, 661, LeipzZ. 17, 1076, PosMSchr. 17, 14. Verletzung bei dem Betriebe einer Eisenbahn durch eine auf der Strecke vorgenommene Sprengung. Für die Annahme eines Betriebsunfalls genügt, daß ein innerer und ein äußerer Zusammenhang mit Betriebsvorgängen und Betriebseinrichtungen vorliegt, und nur wenn es an dem inneren Zusammenhang mit der Beförderungstätigkeit fehlt, ist zu erfordern, daß der Unfall durch eine dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Gefahr herbeigeführt worden; ferner braucht, wenn der Unfall in einem äußeren Zusammenhang mit der Beförderungstätigkeit steht, der innere Zusammenhang nicht besonders nachgewiesen zu werden, sofern er nur nach der konkreten Sachlage möglich erscheint, es ist dann Sache des Unternehmers, die besonderen Umstände des Falles nachzuweisen, aus denen sich seiner Ansicht nach das Fehlen des erforderlichen inneren Zusammenhanges ergibt. Da vorliegend der äußere — örtliche und zeitliche — Zusammenhang zwischen dem Unfall und der Beförderungstätigkeit gegeben ist, könnte die Anwendbarkeit des RHpflG. nur verneint werden, wenn der innere Zusammenhang zwischen der Beförderungstätigkeit und dem Unfall nach den Umständen des Falles unmöglich erscheinen sollte.

2. **RG.** 19. 3. 17, JW. 17, 717, WarnE. 17, 229. Sturz des Kl. von der Vorderplattform einer Straßenbahn infolge einer Ohnmacht. Ein plötzlicher Ohnmachtsanfall ist unter Umständen höhere Gewalt; im gegebenen Falle kommt aber in Betracht, daß die schlimmen Folgen durch geeignete Sicherheitsvorrichtungen ohne große Schwierigkeit verhindert worden wären. Dadurch, daß die vordere Plattform auf der rechten Seite offen blieb, entstand für die dort befindl. Personen die Gefahr des Absturzes, der nicht nur durch Unwohlsein, sondern ebenso auch durch die mit dem Betriebe notwendig verbundenen Stöße und Erschütterungen hervorgerufen werden konnte, diese Gefahr aber muß die Bekl. als Folge ihrer Betriebsweise auf sich nehmen.

3. **RG.** 19. 10. 16, EisenbE. 33, 436, LeipzZ. 17, 543, PosMSchr. 17, 12, R. 17 Nr. 283. Der Tatbestand des § 1 ist nicht gegeben, wenn während des Stillstandes eines Pferdetransportwagens auf der Station, ohne daß Aus- und Einsteigen in Frage kommt, ein Unfall in dem Wagen sich ereignet, sei es, daß ein Pferd ausschlägt und den Kl. verletzt, sei es, daß ein Einrichtungsstück des Wagens sich löst und auf den Kl. fällt. Dies gilt auch dann, wenn das Stück infolge der Beförderungsbewegungen in seiner Befestigung sich gelockert hätte, das Herabfallen also innerlich mit der Beförderungsbewegung, mit den

Betriebsvorgängen im Zusammenhange stand (**RG.** 55, 229; 53, 114; 62, 145, WarnE. 13, 452). — Anders beim Beförderungsvertrag.

4. Colmar 13. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 252. Erhöhung der Betriebsgefahr einer Straßenbahn durch unzureichende Maßnahmen, wenn von der Militärbehörde Abblendungsvorschriften erlassen sind. Eigenes Verschulden des Fahrgastes, der unter diesen Umständen von dem wieder anfahrenden Zuge abspringt (Revision zurückgew.).

5. **RG.** 28. 4. 16, EisenbE. 33, 332 vgl. JDR. 15 § 1 Ziff. III 3.

6. Hamburg 7. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 251. Der Unfall eines Fahrgastes beim Aussteigen aus dem Straßenbahnwagen ist ein Unfall „bei dem Betriebe". Eigenes Verschulden einer Frau liegt nicht vor, wenn sie beim Verlassen des Wagens ihren Kleiderrock nicht aufgerafft und so die Gefahr des Hinterhakens beseitigt hat.

7. **RG.** 26. 1. 16, EisenbE. 33, 320 bereits JDR. 15 § 1 Ziff. III 5.

8. **RG.** 28. 2. 16, EisenbE. 33, 323 bereits JDR. 15 § 1 Ziff. III 3.

9. **RG.** 17. 12. 15, EisenbE. 33, 213 bereits JDR. 15 § 1 Ziff. III 1.

III. Höhere Gewalt.

1. **RG.** 3. 7. 16, EisenbE. 33, 428, GruchotsBeitr. 61, 139, PosMSchr. 16, 123. Unterschied der Frage, ob höhere Gewalt vorliegt bei Straßenbahnen und dem Eisenbahnbetriebe (vgl. **RG.** JW. 16, 839). Die Entsch. hängt beim Eisenbahnbetrieb von den örtl. Verhältnissen ab. Betreten des Bahnkörpers durch einen Unbefugten in bewußtlosem Zustande.

2. Hamm 30. 9. 16, EisenbE. 33, 431. Fällt ein Erwachsener, auch wenn er angetrunken ist, plötzlich vom Bürgersteig auf die Fahrbahn der Straßenbahn, so liegt höhere Gewalt vor.

3. Stuttgart 4. 4. 17, R. 17 Nr. 1325. Ein unvorsichtiges Verhalten eines Kraftwagenführers bei der Überquerung einer Straßenbahnlinie und ein dadurch herbeigeführter Zusammenstoß mit dem Wagen einer Straßenbahn ist ein Ereignis, das in einer verkehrsreichen Großstadt mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrt. Der Zusammenstoß ist in einem solchen Falle ein mit dem Straßenbahnbetrieb seiner Natur nach verknüpfter, in ihren Gefahrenkreis fallender Vorgang. Das Verschulden des Lenkers des Kraftwagens hat der Fahrgast nicht zu vertreten. Der Insasse einer Kraftwagendroschke braucht deren Führer ohne besonderen Anlaß nicht ständig zu überwachen.

4. **RG.** 1. 11. 15, EisenbE. 33, 108 bereits JDR. 15 § 1 IV 5.

5. **RG.** 2. 3. 16, EisenbE. 33, 323 bereits JDR. 15 § 1 Ziff. III 3.

6. **RG.** 13. 3. 16, EisenbE. 33, 324 bereits JDR. 15 § 1 Ziff. IV 2.

IV. Verschulden.

1. **RG.** 16. 11. 16, R. 17 Nr. 284. Das Besteigen eines bereits fahrenden Zuges enthält regelmäßig ein grobes Verschulden; gleichwohl kann nach Umständen das Verschulden auch ein geringes, hinter die erhöhte Betriebsgefahr völlig zurücktretendes sein.

2. **RG.** 15. 2. 17, R. 17 Nr. 710. Ein Reisender 4. Kl. handelt nicht fahrlässig, wenn er während der Fahrt, obschon Sitzplätze frei sind, stehen bleibt und sich an einem hierzu bestimmten, an der Wagendecke angebrachten Riemen festhält.

3. **RG.** 19. 4. 16, R. 17 Nr. 484. Das Überschreiten eines Eisenbahnübergangs unmittelbar vor dem herannahenden Zuge ist ein so grobes Verschulden, daß jeder Ersatzanspruch entfällt, auch wenn es sich wegen Fehlens der Schranken um eine Erhöhung der Betriebsgefahr der Nebenbahn handelt.

4. **RG.** 5. 3. 17, R. 17 Nr. 1326. Geht ein Zollbeamter wegen Glätte des neben der Hafenbahn laufenden Zollsteiges auf dem unmittelbar neben den Schienen liegenden Kiesstreifen und wird er hier von einem von rückwärts kommenden Zuge erfaßt, weil er, anstatt beim Läuten des Zuges sofort einen Schritt zur Seite zu tun, sich erst umsieht, so ist halbe Teilung des Schadens gerechtfertigt.

5. **RG.** 30. 11. 16, WarnE. 17, 62. Unfall beim Rangieren. Eigenes Verschulden des Verletzten durch unvorsichtiges Verhalten.

6. **RG.** 19. 4. 16, EisenbE. 33, 331 bereits JDR. 15 § 1 Ziff. V 2b.

§ 2.

1. **RG.** 8. 10. 17, R. 17 Nr. 2089. Auch außerhalb des Fabrikraumes, z. B. im Betriebsraum eines Kunden, betätigte Probevorführungen eines Apparates gehören zum Fabrikbetrieb (**RG.** 71, 1; 87, 124).

2. **RG.** 8. 7. 15, EisenbE. 33, 94 bereits JDR. 14 § 2 Ziff. 5.

§§ 3ff.

1. **RG.** 19. 3. 17, JW. 17, 655. Das HaftpflG. regelt die Frage nach dem Umfang des zu ersetzenden Schadens selbständig und erschöpfend (**RG.** 57, 52). § 845 findet daher keine Anwendung.

2. **RG.** 12. 2. 17, PosMSchr. 17, 17. Unter Schaden i. S. des § 25 PrEisenbG. v. 3. 11. 38 ist nicht nur der Sachschaden, sondern jede Entschädigung zu verstehen, die mittelbar oder unmittelbar dem Beschädigten aus der Schadenszufügung an einer Sache erwächst (**RG.** 63, 270). Ob der Ersatz „allen Schadens" i. S. des § 25 bei Beschädigung einer Sache sich auf die Erstattung des Sachwerts, d. h. des marktgängigen Kaufpreises für die Sache begrenzt oder einen weiteren Umfang hat, das ist lediglich nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen. Hatte die Sache für den Eigentümer besonders werterhöhende Eigenschaften oder ein besonderes Interesse (sog. Affektionsinteresse), so wird zum vollen Schadensersatz auch die Erstattung dieses Wertes gehören können.

§ 3a.

1. München 17. 10. 17, R. 17 Nr. 1083. Eine Entschädigung für Erwerbseinbuße kann grundsätzlich nicht für diejenige Zeit gefordert werden, während welcher Kl. ohne die erlittene Verletzung zum Militärdienst eingezogen worden wäre und damit seine frühere Stelle verloren hätte.

2. Stuttgart 27. 6. 17, R. 17 Nr. 1498. Muß der Kl. infolge Verletzung seiner Frau eine Dienstmagd halten, so ist in erster Linie er selbst geschädigt; er hat aber keinen Ersatzanspruch auf Grund des HftpflG.; eine unerlaubte Handlung (§ 845 BGB.) liegt nicht vor. Aber auch die Frau ist in dieser Richtung geschädigt, weil sie nicht mehr wie bisher für den Mann arbeiten kann und ihm deshalb in vermögensrechtlicher Hinsicht weniger wert ist (WürttJ. 23, 283).

3. **RG.** 20. 9. 15, LeipzZ. 17, 136. Kl. erlitt, als sie verlobt war, einen Unfall; ihr Mann sollte ein Geschäft übernehmen, in dem sie als Verkäuferin tätig sein sollte. Dies ist infolge des Unfalls nicht möglich. Der Mann blieb, da die Übernahme des Geschäfts infolge des Unfalls rückgängig gemacht wurde, Geselle und bezieht ein geringeres Einkommen als bei Übernahme des Geschäfts. Auf Klage ist der Frau eine Rente zugesprochen. Beim gesetzl. Güterstande tritt bei Fortfall der von der Frau gemäß § 1356 BGB. dem Manne zu leistenden Dienste zunächst nur eine Schädigung des letzteren ein. Es kann aber auch die Frau insofern benachteiligt sein, als die Verringerung des Einkommens des Mannes auf den der Frau zu gewährenden Unterhalt von Einfluß ist. Auch bei dem Güterstande der Gütertrennung ist eine derartige Benachteiligung möglich. Eine Benachteiligung ist vorliegend angenommen.

4. **RG.** 7. 1. 16, EisenbE. 33, 216 bereits JDR. 15 § 3a Ziff. 1.

5. **RG.** 15. 11. 15, EisenbE. 33, 207 bereits JDR. 15 § 3a Ziff. 2.

Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen.

Schrifttum: Eckstein, Studien zur Lehre von der Kraftwagen- und Tierhalterhaftung, SächsRpflA. 17, 88. — Englisch, Der Begriff des Autohalters, EisenbE. 33, 132. — Freymuth, Die Verursachung des Schadens durch mehrere Kraftfahrzeuge (§ 17 Abs. 1 KFG.), EisenbE. 33, 1.

§ 7.

I. Anwendung.

a) Colmar 30. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 1, JW. 17, 114. Das KFG. kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Schaden in Ausübung öffentl. Gewalt zugefügt ist. Das Ges. erklärt den Lenker als solchen, wegen seiner Beziehung zur gefahrbringenden Sache für haftpflichtig; dieser gesetzl. Sondertatbestand fällt nicht unter den Vorbehalt des Art. 77 EGBGB. Dienstliche Verpflichtungen des Militärkraftfahrers. Er muß kraft seines Amtes den ihm Begegnenden vorsichtig und sachgemäß ausweichen.

b) Kiel 12. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 109. Das KFG. findet auch im Kriegsgebiet auf militärische Kraftfahrzeuge Anwendung.

II. Abs. 1. 1. Fahrzeughalter.

a) Eckstein. Sowohl in der Tierhalter- als bei der Kraftwagenhaftung geht bei einfachen Mietverhältnissen die Haftung nicht auf den Mieter über, auch dann nicht, wenn er etwa die Instandhaltung des Wagens oder die Pflege des Tieres übernimmt. Beim Kommissionsverhältnis ist Halter nicht der Kommissionär, wie Eger, KFG. 109 annimmt, sondern der Kommittent.

b) Englisch, Autohalter ist derjenige Eigenbesitzer (§ 872 BGB.), in dessen Interesse ein Fahrzeug nicht nur vorübergehend in Betrieb gesetzt wird.

c) LG. Straßburg 5. 10. 16, LeipzZ. 17, 358. Der Reparaturwerkstättenbesitzer als solcher ist niemals, von mißbräuchlicher Verwendung, z. B. heimlicher Vermietung abgesehen, Halter im gesetzl. Sinne, auch dann nicht, wenn er eine Probefahrt mit dem hergerichteten Kraftwagen unternimmt.

d) **RG.** 13. 11. 16, LeipzZ. 17, 542, WarnE. 17, 38. Haftung des neben dem Führer sitzenden Kraftwagenhalters wegen Verschuldens.

e) Burkhardt, Haftung einer Gemeinde als Halterin eines Feuerwehrautos s. o. § 823 Ziff. I 8e.

2. **RG.** 19. 10. 16, BayersZ. 24, 205, EisenbE. 33, 434, JW. 17, 43, LeipzZ. 17, 334, WarnE. 17, 125. Der Kl. ist infolge des Geräusches eines Automobils erschrocken und in einen Straßengraben gefallen. Es liegt ein Betriebsunfall vor. Daß die nächste Einwirkung des Vorgangs auf den Verletzten eine seelische Schreckwirkung war, ändert an der Beurteilung nichts. Es ist im Ges. nirgends vorausgesetzt, daß der Verletzte mit dem Kraftwagen in körperliche Berührung gekommen sein müsse (**RG.** JW. 09, 724 für das HftpflG.). Der Unfall steht mit dem Betriebe des Kraftwagens in unmittelbarem örtl., zeitl. und inneren Zusammenhange.

3. **RG.** 9. 11. 16, R. 17 Nr. 289. Veranlaßt der plötzl. Schrecken über das unvermutet rasche Herannahen eines Kraftwagens einen Radfahrer zum Einschlagen einer sachwidrig scharfen Kurve, so daß er stürzt, so ist der ursächl. Zusammenhang zwischen dem Unfall und dem Kraftwagenbetrieb gegeben.

4. Hamburg 7. 10. 15, OLG. 34, 141. Unfall durch Sturz über das Schleppseil beim Abschleppen eines Kraftwagens durch einen anderen. Verletzung durch den geschleppten Wagen. § 7 findet Anw. Der zweite Wagen, wenngleich selbst stromlos, ist durch Motorkraft fortbewegt worden und hat in dieser Fortbewegung den Kläger getroffen. Es ist gleichgültig und wird im Ges. nicht unterschieden, ob die betreibende Motorkraft sich im Wagen selbst oder außerhalb befindet. Ebenso Posen 9. 6. 14, OLG. 34, 143.

5. **RG.** 12. 3. 17, R. 17 Nr. 1328. Muß ein Kraftwagen auf einer Landstraße einen an sich zwar genügenden, aber immerhin beengten Raum zwischen einem Fuhrwerk und Fußgänger durchfahren, so muß er so langsam fahren, daß er sofort anhalten kann.

6. Hamburg 5. 6. 16, OLG. 34, 145. Pflicht des Kraftwagenführers, beim Umfahren eines auf der Straße stehenden Wagens das Hupensignal zu geben. Ein Kraftwagenführer muß stets damit rechnen, daß hinter einem stillstehenden Wagen, an dem er vorüberfährt, plötzlich ein Hindernis auftauchen kann, und zwar darf er dabei natürlich

nicht nur an vorsichtig schreitende Erwachsene denken, sondern hat auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß etwa spielende Kinder blindlings hinter dem Wagen hervorlaufen können; um dem entgegenzuwirken, muß er jedenfalls dann ein Warnungszeichen geben, wenn er an dem Wagen nicht so langsam vorbeifährt, daß er sein Fahrzeug unter allen Umständen noch rechtzeitig zum Halten bringen kann. Bei Verschulden des Kraftwagenführers Ersatz aus § 847 BGB. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten (vgl. zu § 9 Ziff. 2).

7. Colmar 14. 6. 15, EisenbE. 33, 206 bereits JDR. 15 § 7 Ziff. II 4.

III. Abs. 2. 1. **RG.** 16. 5. 17, WarnE. 17, 336. Der Kraftwagenführer hat jede nach den Umständen des Falls gebotene, also eine im Verhältnis zu der im Verkehr erforderlichen noch gesteigerte Sorgfalt zu beobachten (**RG.** 86, 150). Langsamfahren an Straßenbiegungen (BRVO. § 18 Abs. 3); Durchfahren von scharfen oder unübersichtlichen Wegekrümmungen (BRVO. § 20 Abs. 1).

2. **RG.** 14. 5. 17, R. 17 Nr. 1722. Jede nach den Umständen gebotene Sorgfalt hat der Kraftwagenführer dann nicht beobachtet, wenn er dem entgegenkommenden Pferdefuhrwerk übermäßig schnell entgegenfuhr, obwohl er sich ihm langsam nähern konnte, als er ein auffälliges Verhalten des Pferdes bemerkte.

§ 8.

Hamburg 10. 12. 14, OLG. 34, 147. Keine Anwendung des KFG., wenn die Ehefrau im Kraftwagen ihres Ehemannes mitfährt. Anwendung der allgem. Vorschriften über unerlaubte Handlungen (vgl. oben § 831 BGB. Ziff. 5bγ).

§ 9.

1. Hamburg 13. 10. 14, OLG. 34, 146. Eigenes Verschulden des Straßenpassanten. Die Geschwindigkeit und fast völlige Lautlosigkeit, mit der ein Kraftfahrzeug einherfährt, hat zur Folge, daß es dem arglos über die Fahrstraße Gehenden unbemerkt nahe kommt, der dann durch das dröhnende Hupensignal überrascht wird, den immer näher kommenden Wagen plötzlich gefahrdrohend vor sich sieht und so, wenn er nicht zugleich mutig, gewandt und nervenstark ist, leicht in Verwirrung und Angst gerät und in diesem Geisteszustande gerade das Unrichtige tut, indem er durch unruhiges Hin- und Herbewegen den Wagenführer über die von ihm zu nehmende Richtung irreführt und so den Zusammenstoß in letzter Linie herbeiführt. Dies Verhalten ist typisch und in der Mehrzahl der durch Kraftwagen verursachten Körperverletzungen zu beobachten; es ist eine Folge der dem Kraftwagenbetrieb eigentüml. Gefahren. Aus diesem Grunde ist dieser in stärkerem Maße als mitverursachend anzusehen und die Kopflosigkeit des Kl., die in Verbindung mit seiner Unvorsichtigkeit beim Überqueren der Straße ihm als Verschulden zur Last fällt, weniger schwer zu bewerten, so daß der Schaden auf beide Teile zur Hälfte zu verteilen ist.

2. Hamburg 5. 6. 16, OLG. 34, 145. Mitwirkendes Verschulden eines 14jährigen Schulmädchens. Ein solches Mädchen ist an die Gefahren des großstädt. Straßenlebens gewöhnt und handelt schuldhaft, wenn sie, ohne die Gefahr zu achten, schnell über die Straße läuft (vgl. o. § 7 Ziff. 6).

§ 11.

RG. 19. 10. 16, JW. 17, 43. Der Anspruch auf Schmerzensgeld kann nicht auf das KFG. gestützt werden.

§ 12.

RG. 20. 12. 15, EisenbE. 33, 214 bereits JDR. 15 § 12.

§ 14.

1. Stuttgart 13. 4. 17, R. 17 Nr. 1150. Die Anforderung des Ersatzberechtigten und die Antwort des Ersatzpflichtigen, daß er die Ersatzpflicht bestreite und dem Ersatzberechtigten vorschlage, mit weiterem Vorgehen bis zur Erledigung eines anderen Ver-

fahrens zuzuwarten, stellen kein Verhandeln über den zu leistenden Schadensersatz dar. Das Verhandeln muß in einem Austausch von Meinungen über die Frage der Entschädigung bestehen; es setzt die Erklärung einer Geneigtheit des Ersatzpflichtigen voraus, unter gewissen Bedingungen einen gewissen Ersatz zu leisten. Durch die Sondervorschrift des § 14 Abs. 2 soll verhindert werden, daß der Ersatzberechtigte durch Vergleichsverhandlungen hingehalten wird, bis die kurze Verjährungsfrist abgelaufen ist.

2. Stuttgart 13. 4. 17, R. 17 Nr. 1151. Ersatzberechtigter i. S. des § 14 ist, sobald und soweit der Schadensersatzanspruch auf einen Versicherungsträger nach § 1542 RVO. übergegangen ist, der Versicherungsträger.

§ 17.

1. Freymuth, EisenbE. 33, 1.

2. Kiel 16. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 182. Zusammenstoß zwischen Kraftwagen und Kleinbahn. Haftung des Halters für seinen Führer.

3. München 2. 5. 14 und 20. 5. 15, OLG. 34, 148, 149. Zusammenstoß zwischen einem Kraftwagen und einem Fuhrwerk und Kraftwagen und Radfahrer. Verteilung der Schadensersatzpflicht.

4. **RG.** 24. 5. 17; 90, 290, JW. 17, 853. Auf den in § 17 KFG. geregelten Anspruch findet die Verjährungsvorschrift des § 14 keine Anwendung; hier gilt vielmehr die ordentl. Verjährung des § 195 BGB. Die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Satz 2 setzt ebenso wie die übrigen Bestimmungen des § einen bestehenden Schadensersatzanspruch des Geschädigten voraus, der sich aus dem KFG. oder aus einer anderen gesetzl. Haftungsvorschrift (§§ 823, 831 BGB.), nach Abs. 2 insbesondere auch aus § 1 HftpflG. oder § 833 BGB. ergeben kann. Die der Klage des Geschädigten entgegengesetzte Verjährung ist nicht die Verjährung des § 14 schlechthin, sondern diejenige Verjährung, die auf den gerade vorliegenden gesetzl. Schadensersatzanspruch des Beschädigten Anwendung findet. Sie kann also die Verjährung aus § 14 KFG., aus § 8 HftpflG., aus § 852 BGB. sein. Sie ist die Verjährung aus § 14 KFG., wenn der Anspruch des Kl. auf Schadensersatz auf § 7 KFG. beruht.

5. **RG.** 14. 5. 17, R. 17 Nr. 1723. Eigenes Verschulden des Lenkers eines Pferdefuhrwerks liegt nicht schon darin, daß er nicht bereits beim Hören eines Warnungssignals abstieg und das gegenüber Kraftwagen in der Regel nur wenig ängstliche Pferd bereits am Kopfe hielt, ehe er den Kraftwagen selbst erblickte. Daß sich letzterer dann so rasch näherte, daß zum Absteigen keine Zeit blieb, kann nicht den Kutscher belasten.

6. Dresden 23. 12. 15, OLG. 34, 152. Zusammenstoß mehrerer Kraftfahrzeuge; Verschulden der beiden Wagenführer.

7. **RG.** 7. 6. 17, LeipzZ. 17, 1339. Zusammenstoß eines Kraftwagens mit einer Kraftdroschke. Der Halter des Kraftwagens, der von dem Fahrgast der Kraftdroschke verklagt ist, kann dem Fahrgaste Einwendungen aus einer Fahrlässigkeit des Droschkenführers nicht entgegenhalten.

§ 18.

1. **RG.** 16. 4. 17; 90, 157, JW. 17, 718, LeipzZ. 17, 1328, SchlHolstAnz. 17, 159. Kl., ein Kraftwagenführer, hatte die Lenkung des Wagens einem anderen Kraftwagenführer überlassen. Dieser hatte einen Zusammenstoß, wobei Kl. verletzt worden. Wer nach § 18 Abs. 3 KFG. als Führer des Kraftfahrzeuges anzusehen ist, ergibt sich aus Sinn und Zweck der Bestimmung. Dritten gegenüber, dem Verletzten sowie anderen bei einem Unfall Beteiligten kommt es nicht darauf an, welche Person zum Führer des Kraftwagens, durch dessen Betrieb ein Unfall verursacht werde, bestellt war und den Wagen hätte leiten sollen; nicht die mit der Führung betraute Person, die aber tatsächlich bei der Unfallsfahrt diese Tätigkeit nicht ausgeübt hat, sondern die Person, die in Wirklichkeit die Maschine des Kraftwagens gehandhabt und den Wagen gelenkt hat, ist als Führer anzusprechen und den Personen verantwortlich, die durch die Führung zu Schaden gekommen sind. Haftbarkeit des Kl. seinem Dienstherrn gegenüber kommt nicht in Betracht; Führer des

Wagens Dritten gegenüber war nicht Kl., sondern W. Kl. hatte nur diejenige Stellung neben W., wie sie auch dem auf dem Kraftfahrzeug mitfahrenden Kraftwagenführer zugeschrieben wird, der neben dem Führer verantwortlich sein kann, wenn er die Gefahr und die fehlerhafte Handlungsweise des Führers erkennt und in der Lage ist, einzugreifen und die Gefahr abzuwenden (vgl. WarnE. 09 Nr. 355, 13 Nr. 209, 11 Nr. 30, 15 Nr. 19). Die für ihn sich ergebende Verpflichtung kann aber nur als eigenes Verschulden nach § 1 HftpflG. in Verb. m. § 254 BGB. bewertet werden. Diese Bestimmungen sind im vorliegenden Falle allein maßgebend; die §§ 17, 18 KFG., die die beiderseitigen Betriebsgefahren der Eisenbahn und des Kraftfahrzeugs in ihrem Verursachungsverhältnis zum Unfall auch schon gegenständlich zur Grundlage der Festsetzung der Schadensersatzverpflichtung und ihres Umfanges machen, haben außer Anwendung zu bleiben.

2. **RG.** 16. 11. 16, LeipzZ. 17, 191. Zwar lehren anscheinend sowohl Isaac (KFG. § 16 Anm. 4) als Eger (KFG. 435), daß nur bei einem Verschulden des Führers an dem Unfalle § 831 gegenüber dem Kraftwagenhalter in Frage komme. Diese Ansicht steht mit der ständ. Rechtspr. des RG. in Widerspruch (**RG.** 50, 60; 70, 76; JW. 02 Beil. 256; 03 Beil. 12, 132; 11, 979; WarnE. 12, 410). Wenn es allerdings **RG.** 76, 48 heißt, der Geschäftsherr könne nicht für eine Beschädigung fremden Vermögens durch seinen Angestellten haftbar sein, die, wenn er sie selbst begangen hätte, keine Haftung begründen würde, so ist dieser Satz nur eine nebensächl. Wendung, mit der das RG. einen von seiner bish. Rspr. abweichenden Standpunkt nicht ausdrücken wollte. Danach haftet der Geschäftsherr nach § 831 für eine „widerrechtliche“ Handlung oder Unterlassung des Angestellten auch dann, wenn diesem ein Verschulden nicht zur Last fällt. An dieser neuesten auch für das Gebiet des französ. Rechts (art. 1384 c. c.) vom **RG.** (WarnE. 11, 213) vertretenen Ansicht wird man (trotz der aus der Entstehungsgeschichte des BGB. sich ergebenden Bedenken, I. Entw. §§ 710—712; amtl. Begr. II, 736; Prot. II, 597) festzuhalten haben.

Anhang: BRVO. über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. 2. 1910.

§ 18.

RG. 4. 6. 17, R. 17 Nr. 1900. Gegenüber § 18 Abs. 3 BRVO. genügt es nicht, wenn der Kraftwagenführer vor einer Straßenkreuzung lediglich Hupensignale abgibt, aber die Geschwindigkeit nicht mindert.

§ 20.

RG. 21. 12. 16, R. 17 Nr. 714. Wenn das Ges. vorschreibt, es müsse so langsam gefahren werden, daß das Fahrzeug sofort zum Halten gebracht werden kann, so kann es nicht seine Absicht gewesen sein, allgemein und schlechthin die Forderung aufzustellen, daß der Wagen genau auf dem Punkt, auf dem er sich im gegebenen Moment befindet, so soll zum Stehen gebracht werden können, daß er überhaupt nicht mehr fährt.

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1.

1. Dresden 4. 1. 17, JW. 17, 374, LeipzZ. 17, 556, SächsOLG. 38, 269, SeuffA. 72, 233, ZBlFG. 17, 535. Die Gemeinden werden durch den von ihnen in der Kriegszeit betriebenen Ein- und Verkauf von Lebensmitteln für die Einwohnerschaft nicht zu Kaufleuten.

2. **RG.** (Straff.) 50, 2. Speisewirt als Kaufmann i. S. des § 1 Ziff. 1.

3. KG. 14. 7. 16, OLG. 34, 324. Der Uhrmacherbetrieb macht nach § 1 Ziff. 1 zum Kfm., da er wenigstens zum Teil in der Anschaffung und Weiterveräußerung bewegl. Sachen nach einer Verarb. besteht. Soweit er sich auf die Vornahme von Ausbesserungen beschränkt, fällt er unter Ziff. 2, würde also für sich allein betrachtet nur dann zum Kfm. machen, wenn er über den Umfang des Handwerks hinausginge. Da es jedoch nicht angängig ist, den einheitl. Uhrmacherbetrieb in zwei getrennt zu behandelnde Teile zu zerlegen, so muß die KfmEigenschaft für den ganzen beide Zweige umfassenden Betrieb aus Ziff. 1 entnommen werden.

4. **RG.** 19. 9. 16; 89, 163, JDR. 15 Ziff. 1a zu § 196 BGB.

§ 4.

1. Handwerk. KG. 14. 7. 16, OLG. 34, 324, ZBlFG. 18, 72. Die Frage, ob ein Betrieb den Umfang des Handwerkes überschreitet, bestimmt sich nicht nach seiner Größe, vielmehr schließt der Umstand, daß ein gewerbl. Unternehmen einen beträchtl. Umfang hat, die Möglichkeit nicht aus, daß es ein handwerksmäßiges Unternehmen bleibt. Entscheidend ist die Art, wie das Unternehmen geführt wird, wobei besonders das Verhältnis des Meisters zu seinen Gehilfen, die Art und das Maß der Arbeitsteilung, die Verwendung von Maschinenkraft, die Benutzung des Kredits im Wechselverkehr in Betracht kommen.

2. Kleingewerbe. a) KG. 14. 7. 16, DNotV. 17, 447, GenBl. 17, 444, KGJ. 49, 94, OLG. 34, 324, R. 17 Nr. 1302, RJA. 15, 130, ZBlFG. 18, 72. Die Frage, was unter Kleingewerbe zu verstehen sei, kann bei der Verschiedenheit der Verhältnisse nach Orten und Geschäftszweigen nicht allgemein, sondern nur nach Lage des einzelnen Falls beantwortet werden. Das KG. hat früher wiederholt ausgesprochen, daß es nur auf die Größe, nicht auf die Art des Gewerbebetriebs ankomme. Daran kann nicht festgehalten werden. Eine unmittelbare Anwendung des § 2 ist allerdings ausgeschlossen; das steht jedoch der sinngemäßen Anwendung der in ihm enthaltenen Grundsätze nicht entgegen. § 2 macht „Art und Umfang" des einzelnen Unternehmens zum Unterscheidungsmerkmal der Eintragungspflicht; § 4 spricht von dem „Umfang des Kleingewerbes" d. h. einer ganzen Klasse von Unternehmungen. „Umfang" ist hier also in eine andere Beziehung gesetzt und nicht im Gegensatz zu „Art" gestellt, bedeutet in diesem Zusammenhang nicht „Größe", sondern „Grenze". Daß ihm gerade in den Vorschriften über den Handelsstand dieser Sinn beigelegt wird, ergibt sich aus § 1 Nr. 2 und 9. Wenn dort von „Umfang des Handwerks" gesprochen wird, so ist bei der Frage, ob ein Betrieb über diesen „Umfang" hinausgeht, in erster Linie nicht an die Größe des Betriebs, sondern an die Art und Weise zu denken, in der er geführt wird. Auch ein sehr „umfangreicher" Betrieb kann sich innerhalb des „Umfangs" des Handwerks halten, wenn die Art und Weise der Geschäftsführung ihn dahin verweist. Daß das Wort „Umfang" in § 2 in anderem Sinn, nämlich in dem der rein quantitativen Begrenzung zu verstehen ist, ergibt sich aus der ausdrücklichen Gegenüberstellung zur „Art" des Unternehmens. Da es darin im § 4 fehlt, steht nichts im Wege, das Wort „Umfang" dort in demselben Sinne zu verstehen wie in § 1 Nr. 2 und 9.

b) BayObLG. 2. 2. 17; 18, 20, ZBlFG. 18, 32. Zur Entscheidung der Frage, ob ein Kleingewerbe vorliegt, darf nicht auf den Umfang des Geschäftes allein Gewicht gelegt werden. Vielmehr ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß ein Kleingewerbe vorliegt, wenn ein Betrieb wegen seiner Art und wegen seines Umfangs kaufm. Einrichtungen nicht erfordert. Im vorliegenden Falle ist der Gewerbebetrieb nicht so gestaltet, daß kaufm. Einrichtungen erforderlich wären. Die Vorinstanz hat das Vorhandensein solcher Einrichtungen auch nicht festgestellt. Schon daß sie fehlen, weist darauf hin, daß sie nicht erforderlich sind. Eine eigentliche Buchführung findet überhaupt nicht statt. Dafür, daß sie absichtlich unterlassen wird, um die Eintragung der Firma zu vermeiden, fehlt es an einem Anhalt. Da der Geschäftsinhaber Kredit nicht beansprucht, sondern alle gelieferte Ware gleich bar bezahlt, und da mit Wechseln nicht gearbeitet wird,

genügt die Aufbewahrung der gezahlten Rechnungen und die Verzeichnung der auf Borg geschlossenen Verkäufe. Der Anschluß des Geschäftes an die Fernsprechanlage ist bei den obwaltenden Umständen bedeutungslos.

3. BayObLG. 2. 2. 17; 18, 20, DNotV. 17, 448, R. 17 Nr. 900, ZBlFG. 18, 32. Ob ein Kleingewerbebetrieb vorliegt, ist nach dem Stand bei der Aufforderung zur Registeranmeldung zu beurteilen.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8.

Kreß, KGBl. 17, 35. Ein die Vertretung einer AG. regelnder Eintrag des Inhalts: „Für andere Korrespondenzen als die, welche die Ges. verpflichten sollen, genügt die Unterschrift eines Vorstandsmitgliedes" ist unzulässig und muß gelöscht werden.

§ 15.

Eintritt in das Geschäft eines Geschäftsunfähigen; Wirkung der Anmeldung des Eintritts seitens des Eintretenden **RG.** 14. 11. 16, LeipzZ. 17, 261. Vgl. § 28.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 18.

1. Karlsruhe 8. 2. 17, ZBlFG. 18, 32. Die Eintr. der Firma T-Werke Dr. Y. u. Cie. in Fr. für eine von dem Kfm. Friedrich M. neugegründete Fabrik verstieß sowohl gegen Abs. 1 wie gegen Abs. 2 des § 18, da Dr. Y., dessen Wiederausscheiden aus der Ges. schon nach 6 Wochen angemeldet wurde, niemals an dem Fabrikbetrieb beteiligt sein sollte, seinen Namen vielmehr dem M. nur gegen eine einmalige Abfindung zur Verfügung stellte, um ihm die Annahme einer GesFirma zu ermöglichen. Belanglos ist auch der Einwand des M., wegen der bei seinem früheren Austritt aus der Firma Friedrich M. in P. übernommenen Verpflichtung, niemals mehr ein neues Geschäft unter seinem Namen zu betreiben, sei er, falls er nicht überhaupt auf jeden weiteren selbständigen Geschäftsbetrieb habe verzichten wollen, genötigt gewesen, eine GesFirma anzunehmen.

2. Abs. 2. Unzulässige Zusätze.

a) „Zentrale". *α.* **RG.** 9. 5. 13, DNotV. 16, 565, ZBlFG. 17, 320. Zentrale bedeutet nach dem Sprachgebrauch nur einen Verkehrsmittelpunkt. Sie kann von einer Mehrzahl von Produzenten oder Händlern als gemeinschaftl. Verkaufsmittelpunkt eingerichtet sein, sie kann aber auch dadurch entstehen, daß jemand — ein einzelner oder eine Handelsges. — eine Mehrzahl einzelner Betriebsstätten zu einem einheitlichen Geschäfte vereinigt oder daß jemand in dauernde Beziehung zu einer größeren Zahl von Produzenten oder Händlern tritt, deren Ware aufkauft oder sich fest anstellen läßt und so die Veräußerung der Produkte dieser Betriebe zentralisiert. *β.* **RG.** 15. 5. 13, DNotV. 16, 565, ZBlFG. 17, 320. Ebenso für die (unzulässige) Firma eines Einzelkfms. Vgl. aber ZBlFG. 16, 633.

b) „Werke". KG. 1. 2. 17, BayerZ. 24, 192. Die Bezeichnung ist nur zulässig für großindustrielle Betriebe und zwar ist dabei maßgebend die gegenwärtige Gestaltung der Verhältnisse. Daß sich ein Beteiligter verpflichtet hat, weitere Beträge „bis zur Erreichung des Zwecks" zur Verfügung zu stellen, ist belanglos. Es kommt auch nicht sowohl auf die Höhe des Umsatzes, als auf Umfang und Ausgestaltung des Betriebs an.

c) Vgl. § 30.

§ 19.

1. BayerZ. 24, 30. Nach der Rechtspr. ist es zulässig, daß eine GmbH. persönlich haftender Gesellschafter einer KomG. oder o. HG. wird. Dadurch entstehen aber mit dem HGB. nur schwer in Einklang zu bringende Firmen. Denn die Firma einer o. HG. hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Ges.

andeutenden Zusatz zu enthalten, während die Firma der KomG. den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit dem gleichen Zusatz aufweisen muß. Wird nun für eine o. HG., wie das geschehen ist, die Firma „Kaiser-Automat" gebraucht und für eine KomGes. die Firma „Süddeutsche Eisengesellschaft", so liegt darin eine Irreführung, man könnte denken, daß man es mit einer vor Erlaß des HGB. gegründeten AG. zu tun habe.

2. BayObLG. 6. 8. 17, BayRpflZ. 17, 327, R. 17 Nr. 2074. Eine o. HG. oder eine KomG. kann nicht als Inhaberin einer anderen Firma in das HandReg. eingetragen werden.

§ 22.

1. Stuttgart 16. 3. 17, R. 17 Nr. 901. Der Geschäftsführer einer fortbestehenden GmbH. ist nicht berechtigt, dem Pächter des Handelsgeschäftes der GmbH. für die Dauer der Pachtzeit die Führung der bisherigen Firma der GmbH. zu gestatten. Vgl. § 4 GmbHG.

2. BayObLG. 11. 2. 16; 17 A 22, OLG. 34, 329. Der Erwerber eines Handelsgeschäftes kann nur die bestehende Firma fortführen, so daß Änderungen der Firma ausgeschlossen sind, auch wenn die Firma den nunmehrigen Verhältnissen nicht mehr entspricht. Das gilt auch nach früherem Recht. Er darf also weder Teile der Firma ausscheiden noch Zusätze — abgesehen vom Nachfolgerzusatz — machen. Die Frage, ob unwesentliche Änderungen in den Zusätzen, besonders in der Bezeichnung der Geschäftsart trotz § 22 zulässig sind, bedarf keiner Erörterung, da es sich hier um eine sehr wesentliche Änderung, nämlich um die Streichung des Wortes „Sortiment" handelt.

3. **RG.** 27. 4. 15, DNotV. 16, 577, ZBlFG. 17, 320. Die Gebrüder S., die als o. HG. ein Geschäft unter der Firma „Gebrüder S., Holzwarenfabrik zu A." betrieben haben, lösten die Ges. auf und gründeten mit anderen eine GmbH. unter der Firma: „Holzwarenfabrik A., vormals Gebrüder S., GmbH.", in die sie ihr Geschäft mit Aktiven und Passiven als Teil ihrer Stammeinlagen einbrachten. Eine Fortführung der Firma liegt vor. Die Firma der o. HG. findet sich in der der GmbH. mit dem das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatz „vormals" wieder; daß die Orts- und Sachbezeichnung statt an das Ende an den Anfang gesetzt wurde, ist gleichgültig. Vgl. §§ 19, 105.

4. KG. 22. 1. 15, OLG. 34, 328, JDR. 15 Ziff. 4.

5. Bildung einer einheitlichen Firma aus den Firmen zweier zur Fortführung erworbener Geschäfte. Dresden 14. 10. 16, BauersZ. 24, 86, DNotV. 17, 454, JW. 16, 1550, OLG. 34, 329, R. 17 Nr. 1303, RJA. 15, 136, SächsOLG. 38, 44, ZBlFG. 18, 76. Die Inhaber der o. HG. Richard K. und D. u. Co. errichteten eine neue Ges. unter der Firma: „Vereinigte D'er Porzellanmalereien Richard K. und D. u. Co. GmbH.". Es handelt sich also nicht darum, daß eine Firma der anderen als Zusatz beigefügt werden soll, sondern es sollen beide Firmen einen gleichwertigen Bestandteil der neuen bilden. Zweifelhaft könnte sein, daß hier weder die eine noch die andere Firma unverändert fortgeführt wird. Aber das Gesetz ist nur auf den Regelfall abgestellt, wo nur ein Geschäft übernommen und fortgeführt wird. Es entspricht dem Sinne des Gesetzes, die Beibehaltung der Firmen beider Geschäfte unter deren Vereinigung zu einer einheitlichen Firma zuzulassen. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Zusatzes: „Vereinigte D'er Porzellanmalereien" ist allerdings, daß er ein Nachfolgerverhältnis andeuten soll und daß das aus der Firma ersichtlich ist. Hier ist die Annahme nicht ausgeschlossen, daß die Firma nicht sowohl aus den beiden Firmen hervorgegangen als vielmehr aus den Namen von Gesellschaftern neugebildet ist. Diese Auffassung könnte vermieden werden durch die Fassung: „Vereinigte D'er Porzellanmalerei, GmbH., vormals Richard K. und D. u. Co."

§ 24.

KG. 26. 2. 15, BauersZ. 24, 34, OLG. 34, 330. Scheidet ein Gesellschafter freiw. oder nach § 142 aus der o. HG. aus, so kann grundſ. die bisherige Firma fortgeführt werden, gleichviel ob das Ausscheiden die Gesellschaft beendet oder nicht. Ist aber der Name des

Ausscheidenden (S.) in der Firma „Revisionsgesellschaft H. u. S." enthalten, so bedarf es zu deren Fortführung seiner ausdrücklichen Einwilligung. Ist diese verweigert, so kann H. die Firma nicht in der Weise ändern, daß er den Namen S. streicht, da dann die übrigbleibende Firma gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit verstieße und die Durchbrechung dieses Grundsatzes nur für den Fall der Fortführung der Firma d. h. für den Fall der unveränderten Beibehaltung des Handelsnamens zugelassen ist.

§ 25.

Abs. 3. Übernahme der Schulden durch Bekanntgabe. Rostock 14. 7. 16, MecklZ. 35, 180. Ist die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsübl. Weise von dem Erwerber des Geschäftes bekannt gemacht, so haftet der Erwerber für alle Verbindlichkeiten und es ist ganz unerheblich, ob nach dem internen Verhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer des Geschäftes der Erwerber nur einen Teil, etwa die aus einer bestimmten Bilanz ersichtlichen Schulden, übernehmen wollte oder sollte. Eine Beschränkung auf bestimmte Schulden ist nur dann beachtlich, wenn sie aus der Bek. selbst ersichtlich ist oder dem Gläubiger, dessen Forderung nicht übernommen ist, gleichzeitig mit der Bekanntgabe der Übernahme der Schulden an die anderen Gläubiger oder schon vorher mitgeteilt wird. Die Kenntnis des Gläubigers allein, daß der Übernehmer nach dem inneren Verhältnis für diese Schuld nicht haften solle, ist unerheblich; der Gläubiger braucht sich nur an das zu halten, was in dem rechtsbegründenden Akt der Bek. gesagt ist, sofern nicht ihm persönlich mitgeteilt ist, daß seine Forderung von der Übernahme ausgeschlossen sei.

§ 28.

Folgen der Anmeldung zum Handelsregister; Geschäftsunfähigkeit. Schuldenhaftung auf Grund Eintragung des Eintritts einer Person als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns. **RG.** 14. 11. 16; 89, 97, DNotV. 17, 450, HoldheimsMSchr. 17, 46, JW. 17, 105, LeipzZ. 17, 261, R. 17 Nr. 95. Mit Recht hat es das OLG. für unerheblich angesehen, daß S. bei Abschluß des GesVertrags mit dem Bekl. und bei Anmeldung der o. HG. zum HandReg. geschäftsunfähig war. Es ändert das nichts an der Tatsache, daß die Anmeldung mit Willen des Bekl., ja durch ihn selbst vollzogen worden ist. Dadurch hat er der Öffentlichkeit eine Erklärung abgegeben, kraft deren er unbedingt nach § 28 haftet. Die Revision will aus § 139 BGB. herleiten, daß die Anzeige des Bekl. wegen der gleichzeitigen Anzeige des S. nichtig gewesen sei. Auf die Anmeldung der Ges. als solcher, die nach §§ 106, 108 HGB. von beiden Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen wurde, kommt es nicht an. Entscheidend ist die damit verbundene Erklärung, eintreten zu wollen in das bisher von S. allein betriebene Geschäft. Diese Erklärung ging der Natur der Sache nach nur von dem Bekl. als Eintretenden aus; es ist unmöglich, sie mit der GesAnmeldung des S. zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammenzufassen. Der Eintretende haftet also für die Geschäftsschulden ohne Rücksicht auf die Geschäftsunfähigkeit des bisherigen Alleininhabers.

§ 30.

KG. 10. 3. 16, DNotV. 17, 448, OLG. 34, 152. Begriff der Fabrik. Eine Fabrik erfordert eine in großem Umfang betriebene Anstalt, einen Großbetrieb. Deshalb ist die Firma „Branntweinbetrieb A." des Bekl., der zum Betrieb nur einen kleinen Raum für monatlich 25 M. gemietet hat, nur einen Arbeiter beschäftigt und Maschinen nicht besitzt, für unzulässig erachtet, weil eine fabrikmäßige Herstellung nicht stattfindet. Vgl. § 18.

§ 37.

1. KG. 9. 6. 16, KGJ. 49, 101, ZBlFG. 18, 129. Wenn die Witwe, die das Schankgewerbe des Mannes selbst oder durch einen Vertreter fortführt, den am Wirtshaus angebrachten Namen des Mannes nicht entfernt, so liegt darin nicht ohne weiteres der unzulässige Gebrauch einer Firma. Sie hat den Namen nur in Erfüllung der

Verpflichtung aus § 15a GewO. in Verbindung mit der Ausübung ihrer Befugnis aus § 46 a. a. O. am Hause stehen lassen. Im übrigen hat sich der Registerrichter mit gewerbepolizeilichen Fragen nicht zu befassen.

2. KG. 19. 5. 16, KGJ. 49, 104 unzulässiger Firmengebrauch bei einer GmbH. s. § 4 GmbHG.

3. Unlauterer Wettbewerb als „Verletzung der Rechte". KG. 10. 3. 16, OLG. 34, 332. Durch den Gebrauch der Firma „Spiritusrektifikation und Branntweinfabrik A. K." seitens des Bekl. ist die eine Branntweinfabrik betreibende Kl., die AktGes. H. K., nicht in ihren Rechten verletzt. Dazu reicht nicht die bloße Verletzung der Interessen, der Schädigung des Vermögens aus. Das Recht, das verletzt wird, muß in einer gewissen Beziehung zu dem Geschäft, der Firma des Verletzten stehen. Hier hat Bekl. keinen Eingriff in den Gewerbebetrieb oder das Firmenrecht der Kl. unternommen und nicht durch jeden unl. Wettbew. werden die Mitbewerber in ihren Rechten verletzt.

4. Ordnungsstrafverfahren wegen unbefugten Firmengebrauchs bei Verletzung bloßer Vertragsrechte und gegen den Vermächtnisnehmer des Handelsgeschäftes. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 25. 1. Das Ordnungsstrafverfahren wegen unbefugten Firmengebrauchs hat nach § 37 Abs. 1 zur Voraussetzung, daß der Gebrauch gegen die firmenrechtl. Vorschr. des 3. Abschn. im 1. Buch des HGB. verstößt; verstößt er nicht gegen diese Vorschriften, sondern nur gegen ein Vertragsrecht, so findet folglich jenes Verfahren nicht statt, wohl aber dann, wenn die Verletzung der gesetzl. firmenrechtl. Vorschr. sich zugleich als Verletzung eines Vertragsrechts darstellt. Dieser Fall liegt vor und das Verf. ist also zulässig, wenn der, dem der Firmeninhaber sein Handelsgeschäft mit der Firma vermacht hat, dem Erben gegenüber auf die Fortführung der Firma verzichtet hat, trotzdem aber und obwohl die Firma auf Grund des Verzichts gelöscht ist, die Firma gebraucht. Macht dann der Vermächtnisnehmer im Ordnungsstrafverfahren vor dem RegGericht geltend, der von ihm erklärte Verzicht sei nichtig und es stehe ihm also laut Anordnung des Erblassers die Befugnis zur Fortführung der Firma zu, kommt er aber der Auflage des RegGerichts zur Klageerhebung gegen die Erben (§ 127 FGG.) nicht nach, so sieht das RegGericht ohne weitere Ermittlung den Verzicht und hiermit die Löschung der Firma als wirksam an, setzt also die Strafe fest. Steht die Unwirksamkeit des Verzichts fest und macht der Erbe geltend, das Vermächtnis sei nach § 138 BGB. nichtig, kommt aber der Erbe der Aufforderung des RegGerichts zur Klageerhebung nicht nach, so sieht das Gericht das Vermächtnis und hiermit den Firmenübergang als wirksam an, erachtet also den Einspruch als begründet. In diesem Falle bedarf der Vermächtnisnehmer auch nicht der Einwilligung der Erben in die Fortführung der Firma. Denn wenn das Geschäft mit der Firma vermacht ist, leitet der Vermächtnisnehmer sein Recht nicht von den Erben her, sondern vom Erblasser selbst. 2. Hat das RegGericht gegen den Vermächtnisnehmer ein Ordnungsstrafverfahren wegen unbefugten Firmengebrauchs eingeleitet, hebt es aber auf den Einspruch des Vermächtnisnehmers die Strafandrohung auf, weil es die Firma als mitvermacht ansieht, so hindert die etwaige Rechtskraft dieser Verfügung den Erben nicht, vor dem Prozeßgericht die Nichtigkeit des Vermächtnisses gegen den Firmeninhaber geltend zu machen. 3. Ist die Löschung der dem Vermächtnisnehmer mitvermachten Firma erfolgt, weil der Erbe diesen durch arglistige Täuschung zur Einwilligung in die Löschung bestimmt hat und stellt das RegGericht in dem gegen den Vermächtnisnehmer eingeleiteten Strafverfahren dies auf Grund der von ihm und dem Erben abgegebenen Erklärungen fest, so kann es in diesen Erklärungen die Anmeldung der zu Unrecht gelöschten Firma finden, also diese von neuem und als ihren Inhaber den Vermächtnisnehmer eintragen (nach RG., HoldheimsMSchr. 09, 324 wenigstens bei Handelsgrundgewerben, nicht aber bei Unternehmen nach § 2 HGB.). Das RegGericht kann auch den Vermächtnisnehmer zur Neuanmeldung der gelöschten Firma anhalten.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 39.

Dresden 9. 3. 16, SächsOLG. 38, 98. Das Recht auf Vorlegung einer kaufm. Bilanz schließt den Anspruch auf die Gestattung der Einsicht der Geschäftsbücher und Rechnungspapiere in sich.

§ 40.

Zu hohe Abschreibungen; Anfechtung eines Gesellschaftsbeschlusses. **RG.** 7. 11. 16, R. 17 Nr. 110. Vgl. GmbHG. § 46.

§ 45.

Anspruch auf Einsicht der Geschäftsbücher, Ausübung des Rechts durch Dritte.

1. Die Entsch. 7 zu § 259.

2. Anspruch auf Einsicht der Geschäftsbücher bei Anspruch auf Vorlegung einer Bilanz. Vgl. § 39.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48.

Über Gesamtprokuristen s. Fuchs, ZBlFG. 17, 457, unten Ziff. 3 zu § 125.

§ 49.

RG. 8. 6. 17, JW. 17, 852, R. 17 Nr. 1707. In der Erteilung der Gesamtprokura liegt nicht ohne weiteres die Bestellung des Gesamtprokuristen zum Einzelhandlungsbevollmächtigten.

§ 54.

1. Kiel 19. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 89. Die Handelsvollmacht nach § 54 ermächtigt den Handelsbevollmächtigten nicht zum Mieten einer Privatwohnung.

2. Stuttgart 2. 10. 17, R. 17 Nr. 1145. Führt die Frau des im Felde stehenden Kaufmanns unter seiner Duldung den handelsgewerblichen Betrieb für ihn weiter, so hat sie als handlungsbevollmächtigt zu gelten.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Schrifttum: Mohr, Der Einfluß des Krieges auf die Verhältnisse der kaufmännischen Angestellten. Nürnberg.

§ 59.

1. KfmG. Charlottenburg 22. 5. 17, GewuKfmG. 23. 88. Bürovorsteher einer großstädtischen Detektivanstalt als Handlungsgehilfe.

2. Gehalt. a) Anspruch auf Ersatz der Reisespesen, wenn der Geschäftsherr den Reisenden nicht reisen läßt. LG. Mainz 6. 10. 16, GewuKfmG. 22, 133. Dem Reisenden dürfen zwar die Spesen nicht vollständig und willkürlich dadurch entzogen werden, daß ihn der Prinzipal nicht reisen läßt. Denn erfahrungsgemäß erübrigt der Reisende bei den Spesen einen mehr oder weniger beträchtlichen Teil. Die Spesen bedeuten hiernach einen Bestandteil des Gehalts, und ihre Entziehung, wenn sie rechtswidrig geschieht, eine Schädigung. Wenn in der fraglichen Zeitperiode aber fast jede Gelegenheit zu Abschlüssen fehlt, so daß eine Reisetätigkeit ohne Erfolge wäre, kann dem Geschäftsherrn nicht zugemutet werden, den Angestellten auf Reisen zu schicken.

b) BauersZ. 24, 181. Versprechen der Weiterzahlung des Gehalts an einen Kriegsdienste leistenden Angestellten als mangels schriftlicher Form ungültiges Schenkungsversprechen.

c) KfmG. Mannheim 5. 9. 17, GewuKfmG. 23, 86 behandelt die Frage, wann eine Gratifikation als zugesichert gilt.

3. KfmG. Berlin 7. 8. 15, GewuKfmG. 22, 126. Ein Vertrag, in dem ein gering bezahlter Reisender die Haftung für die Zahlungsfähigkeit der Kunden übernimmt, verstößt wider die guten Sitten.

4. KfmG. Berlin 10. 8. 17, GewuKfmG. 23, 51. Eine Kriegsgesellschaft, die einen Handlungsgehilfen für Belgien annimmt, ist zur Zahlung des Gehalts verpflichtet, wenn es dem Gehilfen nicht gelingt, den zur Ausreise erforderlichen Paß zu erhalten.

5. KfmG. Bonn (ohne Datum), GewuKfmG. 23, 54. Ein Handlungsgehilfe, der vom Arbeitgeber entlassen wird, kann nicht Beiträge zurückfordern, die er freiwillig zu einem Kriegshilfsfonds der Angestellten geleistet hat.

§ 63.

Erfüllung der militärischen Dienstpflicht als Unglück im Sinne des § 63?

a) Boysen, GewuKfmG. 22, 135. Für die Anwendung des § 63 ist im Falle der Einberufung eines Angestellten zum Heeresdienst kein Raum.

b) Mohr (vgl. Vorbemerkung vor § 59) bejaht die Frage, ob der Krieg als unverschuldetes Unglück i. S. des § 63 zu gelten hat.

§ 64.

1. KfmG. Berlin 29. 12. 16, DJZ. 17, 692. Die Abrede der Gehaltsherabsetzung zu Beginn des Kriegs widerspricht nicht den guten Sitten.

2. Pfändbarkeit der Teuerungszulage. a) für Pfändbarkeit Königsberg 8. 8. 17, DJZ. 17, 972; b) dagegen Cöln 23. 3. 17, GewuKfmG. 23, 55, OLG. 35, 134.

§ 70.

1. Stuttgart 30. 11. 16, R. 17 Nr. 452. Erstattung einer unwahren Anzeige gegen den Prinzipal durch den Angestellten an das Generalkommando (Anzeige, der Prinzipal suche den felddienstfähigen Kassierer, weil er sein Schwager sei, der Einberufung zu entziehen) bildet einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung. Anders verhält es sich bei wahrheitsgemäßer Anzeige unerlaubter oder grob mißbräuchlicher Handlungen des Prinzipals. Der Beweis der Wahrheit der erhobenen Beschuldigung liegt dem klagenden Angestellten ob.

2. KfmG. Charlottenburg 30. 1. 17, GewuKfmG. 22, 210. Ablauf der militärischen Reklamation des Handlungsgehilfen ist kein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur fristlosen Entlassung dieses Gehilfen berechtigt. Erfahrungsgemäß werden Gehilfen, deren Reklamation abläuft, nicht alsbald d. h. mit dem Ablauf des Reklamationstages selbst wieder zum Militär eingezogen. Die Unsicherheit, die darin liegt, daß ein Handlungsgehilfe, dessen Reklamation abgelaufen ist, jederzeit wieder einberufen werden kann, ist rechtlich nicht anders zu beurteilen als die Unsicherheit, die z. B. in dem Gesundheitszustand des Handlungsgehilfen liegt.

3. LG. Stettin 3. 2. 17, GewuKfmG. 22. 211. Überschreiten der ärztlich vorgeschriebenen Ausgehzeit seitens des Handlungsgehilfen kann Entlassungsgrund sein. Im fraglichen Falle hat der Gehilfe, der trotz der dringenden Weihnachtsarbeiten und des gerichtsnotorisch starken Personalmangels vom Arzt vom 16.—23. Dezember krank geschrieben war und nur tags von 9—1 Uhr mittags und von 2—4 Uhr nachmittags Ausgeherlaubnis hatte, sich außer dieser Zeit, namentlich aber noch Abends auf der Straße aufgehalten.

4. Mohr (s. Schrifttum vor § 59) verneint, daß die Ausländereigenschaft des Angestellten ein wichtiger Grund sei. Ebenso Dove, JW. 17, 334.

5. Aufgabe des Geschäfts wegen des Kriegs. Vgl. § 35 GmbHG. (**RG.** 3. 4. 17, GenBl. 17, 263) und § 92 HGB., Ziff. 4.

6. KfmG. Posen 4. 7. 17, GewGuKfmG. 23, 83. Entlassung des Handlungsgehilfen, wenn der Prinzipal nachträglich erfährt, daß er mit Ehrverlust bestraft ist.

7. KfmG. Bochum 30. 6. 17, GewuKfmG. 22, 356. Es mag dahin gestellt bleiben, ob in der falschen Angabe eines Handlungsgehilfen über sein Gehalt in seiner früheren Stellung unter allen Umständen für den Geschäftsherrn ein wichtiger Auflösungsgrund liegt. Jedenfalls ist ein wichtiger Grund dann gegeben, wenn die unrichtige Gehaltsangabe ein gewisses Maß übersteigt. Im vorliegenden Falle hatte der Gehilfe als früheres Gehalt 130—140 M. bezogen, aber 160 M. angegeben. Die Auflösung wurde für berechtigt erklärt.

8. **RG.** 22. 2. 16; 88, 127. Die fristlose Entlassung eines Handlungsgehilfen kann nicht damit gerechtfertigt werden, daß er nach seiner Entlassung, obwohl er diese für unbegründet erklärt und seine Dienste dem Dienstherrn zur Verfügung gestellt hat, die Kunden seines bisherigen Dienstherrn diesem abspenstig zu machen und für sich zu gewinnen sucht.

9. Gutmann, ThürBl. 64, 125. Die Entlassung kann nur auf solche Gründe gestützt werden, die zur Zeit der Entlassung objektiv bereits vorlagen. Später entstandene Gründe reichen nicht aus.

§ 72.

Erhebliche Ehrverletzung i. S. des § 72 Nr. 4. **RG.** 22. 6. 17, JW. 17, 814. Das Merkmal der Erheblichkeit ist dahin zu bestimmen, daß die Ehrverletzungen solche sein müssen, bei denen dem Beleidigten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Wenn ein Angestellter seinem Dienstherrn vorwirft, daß dessen Ehrenschild nicht rein sei und ihm damit die Ehre abspricht, und den Widerruf verweigert, so ist das als eine solche erhebliche Ehrverletzung anzusehen, auch wenn man zugunsten des Angestellten berücksichtigt, daß er über die Anstellung zwei weiterer Anzeigensammler erregt war, daß ferner der Vorwurf der unwahren Angabe über die Höhe der Auflage des Generalanzeigers der sachlichen Unterlage nicht entbehrte und daß auch die Art und Weise, wie der Geschäftsherr den Angestellten vor den eigens zu diesem Zweck zusammen berufenen Angestellten zur Rede stellte, diesen gereizt hat.

§ 73.

RG. 18. 9. 16, BauersZ. 24, 113, R. 17 Nr. 1475. Das Zeugnis wird vom OLG. dahin gewürdigt, daß es die Ehrlichkeit des K. geradezu bezeuge. Die Rev. bestreitet dies, weil in den entscheidenden Sätzen: „Er hat sich in dieser Zeit als ein im Bankfach routinierter und kenntnisreicher Mann erwiesen. Sein Austritt erfolgt auf seinen Wunsch" von den sittlichen Eigenschaften des K. überhaupt nicht die Rede sei. Die Beurteilung des OLG. läßt jedoch einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Deshalb wurde vom RG. die vom OLG. ausgesprochene Haftung des Ausstellers gegenüber dem späteren Prinzipal des Angestellten, der sich der Unterschlagung schuldig gemacht hatte, bestätigt.

§ 75.

Hamburg 9. 3. 15, OLG. 34, 335. Der Handlungsgehilfe, der zu Unrecht entlassen ist oder den Dienstvertrag wegen vertragswidrigen Verhaltens des Dienstherrn mit Recht auflöst, kann Gehalt stets nur bis zu dem Tage fordern, auf den zuerst mit gesetzlicher Frist hätte gekündigt werden können. Eine Ersatzberechtigung kann nicht damit begründet werden, daß ihm auch über diesen Zeitpunkt hinaus nicht möglich gewesen sei, Stellung oder Verdienst zu erlangen; der Handlungsgehilfe kann auch nicht sich darauf stützen, daß der Dienstherr nicht gekündigt hat; denn durch die berechtigte Kündigung des Gehilfen ist der Dienstvertrag sofort aufgelöst worden und blieb für eine spätere Kündigung des Dienstherrn kein Raum.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

Über den Kommissionsagenten und die Anwendbarkeit der §§ 89, 91, 92 HGB. auf ihn s. Nußbam, Kommissionsrecht. Vgl. Vorbem. zum 3. Buch 3. Abschnitt.

§ 84.

I. Begriff des Agenten. 1. Kiel 29. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 129. Wenn es auch richtig ist, daß ein Agent häufig für mehrere Firmen gleichzeitig tätig ist, während ein Handlungsgehilfe zumeist nur im Dienste eines Geschäftsherrn steht, so ist ein Agenturverhältnis keineswegs schon dann ohne weiteres zu verneinen, wenn die Vermittlertätigkeit nur einer einzigen Firma geleistet wird.

2. Unterschied zwischen Agent und Handelsmäkler. Königsberg 3. 4. 17, PosMSchr. 17, 12. Die Aufgabe des Handelsmäklers ist lediglich die Vermittlung von Verträgen (§ 93 HGB.), zum Abschluß ist er nicht berechtigt; er überbringt das Angebot der einen Partei der anderen und deren Annahmeerklärung wiederum der ersteren; er vertritt aber seinen Auftraggeber nicht beim Abschluß des Vertrags; er arbeitet im Interesse beider Parteien und dementsprechend haftet er beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden (§ 98), hat von jeder Partei den Mäklerlohn zur Hälfte zu verlangen (§ 99) und ist verpflichtet, jeder Partei auf Verlangen einen Auszug aus seinem Tagebuch zu geben. Wer dagegen zum Abschluß des Vertrags berechtigt ist, ist Agent.

II. Begriff der Vermittlung. Vgl. § 89 Ziff. 1.

III. Anwendung der §§ 84ff. auf mit dem Agenturvertrag verwandte Verhältnisse; Alleinverkaufsrecht. **RG.** 3. 11. 16, JW. 17, 156, R. 17 Nr. 456, WarnE. 17, 86. Die Eigenart des Verhältnisses rechtfertigt es, auch dem, der den ausschl. Vertrieb der Waren eines anderen für einen bestimmten Bezirk übertragen erhalten hat, den Anspruch auf Auskunftserteilung (§ 91) über die vertragswidrig von dem anderen unmittelbar geschlossenen Geschäfte jedenfalls dann zuzuerkennen, wenn der anderweite Nachweis der Höhe des durch die Vertragsverletzung entstandenen Schadens ungeachtet des § 287 ZPO. besonderen Schwierigkeiten unterliegt und zwar auch dann, wenn der Verkaufsberechtigte nicht nur im eigenen Namen, sondern auch für eigene Rechnung verkauft in der Weise, daß er nicht Provision erhält, sondern den Preisunterschied zwischen dem Preise, zu dem der Fabrikant ihm die Ware überläßt und dem gleichfalls im Vertrage mit dem Fabrikanten festgesetzten Preise, zu dem er die Waren weiter verkauft. In gleicher Weise hat **RG.** 65, 37 die Kündigungsbestimmung des § 92 Abs. 2 auf den mit dem Alleinverkauf für einen bestimmten Bezirk betrauten Kfm. angewendet. — Zustimmend Hachenburg, JW. 17, 156.

IV. Pflichten des Geschäftsherrn. München 15. 11. 15, R. 17 Nr. 682. Der Geschäftsherr hat dem Agenten Mitteilung von dem Wiedereintritt der Absatzmöglichkeit zu machen, wenn er ihm früher von den eingetretenen Absatzhindernissen Kenntnis gegeben und um einstweilige Einstellung seiner Tätigkeit ersucht hatte.

§ 85.

Keine Ausdehnung des § 85 auf den Makler. Hamburg 2. 3. 17, OLG. 34, 335, R. 17 Nr. 902. Die Fiktion des § 85 findet ihren gesetzgeberischen Grund in dem dauernden Vertrauensverhältnis, das zwischen Agenten und Geschäftsherrn besteht und das einen besonderen Schutz des Dritten rechtfertigt, der im Vertrauen auf die vom Agenten für sich beanspruchten Befugnisse handelt. Ihre Ausdehnung auf den Makler scheint daher nicht zulässig; hier kann nur § 177 BGB. Anwendung finden.

§ 88.

1. Provisionsanspruch der Bezirksagenten. Vgl. § 89 Ziff. 1.

2. Hamburg 11. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 12, LeipzZ. 17, 619, R. 17 Nr. 269, SeuffA. 72, 98. Der Agent kann auch von denjenigen Waren Provision beanspruchen, die er selbst von dem Geschäftsherrn bezieht. Die gegenteilige Ansicht Staubs wird dem kaufmännischen Standpunkt nicht gerecht. Eine Einschränkung ist nur insoweit zu machen, daß dem Agenten für eigene Bezüge eine Provision dann nicht zusteht, wenn ihm Vorzugspreise oder sonstige Vergütungen gewährt werden.

3. KG. 15. 12. 16, OLG. 34, 97. Die Frage, ob die Provision verdient ist, darf nicht in der Weise vom Belieben des Geschäftsherrn abhängen, daß er durch Unterlassung der Einforderung des Anspruchs gegen den Kunden die Verpflichtung zur Zahlung der Provision beseitigen könnte. Der Geschäftsherr ist im Verhältnis zum Agenten verpflichtet, eine zweifelsfreie und einziehbare Forderung beizutreiben. Andererseits darf ihm aber nicht zugemutet werden, im Interesse der Agenten auf eigene Kosten den Versuch zu machen, rechtlich oder tatsächlich zweifelhafte Forderungen geltend zu machen oder zweifelsfreie Forderungen von einem Schuldner beizutreiben, dessen Zahlungsfähigkeit zweifelhaft ist.

4. **RG.** 13. 10. 16, WarnE. 17, 123. § 88 HGB. findet auf den Mäkler keine Anwendung.

5. München 15. 11. 15, R. 17 Nr. 681. § 88 kommt nicht zur Anwendung, wenn der Agenturvertrag ausdrücklich die Provisionspflicht unmittelbarer Geschäfte vorschreibt. Es lassen sich Fälle denken, in denen der Geschäftsherr guten Grund hat, auch ohne weitere Tätigkeit des Agenten Provisionen für direkte Geschäfte zuzusichern, z. B. wegen der früheren Tätigkeit des Agenten oder um ihn nicht zu einem Konkurrenzunternehmen übergehen zu lassen. Hier kann aber gegen den Provisionsanspruch unter Umständen die Arglisteinrede in Frage kommen.

6. **RG.** 14. 7. 17, LeipzZ. 17, 855. Berechnung der Provision bei einer nicht vorhergesehenen Umsatzsteigerung durch den Krieg. Vgl. § 346 HGB. unter „Einzelnes".

7. **RG.** 29. 6. 17, R. 17, 409. Genehmigt der Geschäftsherr als Käufer einen Abschluß in beschlagnahmter Ware samt dem Zusatz: „Aufhebung des Beschlages ist Sache des Käufers", so kann er dem Agenten nicht nachträglich die Provision verweigern, weil ihm die Aufhebung der Beschlagnahme nicht gelungen ist.

§ 89.

1. Provisionsanspruch des Bezirksagenten. a) **RG.** 7. 11. 16, JW. 17, 156, R. 17 Nr. 454, WarnE. 17, 87. Die den ProvAnspruch auslösende Mitwirkung des Agenten kann je nach dem einzelnen Vertrage eine verschiedene sein; sie kann im Abschluß oder in der Vermittlung bestehen; sie kann auch in einer Tätigkeit bestehen, die nicht einmal eine Vermittlung im eigentlichen Sinne darstellt, nämlich in Information des Agenten an den Geschäftsherrn, auf Grund deren letzterer die in engeren Submissionen erlangten Anfragen zu Offerten herausarbeitet und so zu perfekten Aufträgen gelangt. Eine solche Vereinbarung über die für den Provisionsanspruch entscheidende Mitwirkungsart ist aber etwas völlig anderes als die durch § 89 offen gelassene Abmachung, daß der Bezirksagent für direkte Geschäfte des Geschäftsherrn in seinem Bezirk keine Provision zu beanspruchen habe. Eine andere Auffassung würde zur Folge haben, daß der Geschäftsherr, nachdem er durch die Anregung und Tätigkeit des Agenten in das Geschäft in dem fraglichen Bezirk hineingekommen wäre, jeden Provisionsanspruch schlechtweg vereiteln könnte, indem er für die ihm mit oder ohne Wissen des Agenten zugegangenen Anfragen dessen Informationen nicht einholt oder ablehnt oder nicht zur Bearbeitung der Anfragen benutzt; eine solche Absicht der Parteien kann nicht unterstellt werden.

b) **RG.** 3. 11. 16, JW. 17, 156, R. 17 Nr. 455. Wenn der unmittelbare Abschluß von Geschäften durch den Geschäftsherrn im Bezirk des Agenten vertraglich untersagt ist, der Geschäftsherr aber gleichwohl vertragswidrig Geschäfte abschließt, fällt der Provisionsanspruch des Bezirksagenten nicht schlechthin weg. Vielmehr steht in einem solchen Falle dem Agenten der Anspruch auf die Provision vorbehaltlich einer weitergehenden Schadensersatzforderung zu. Auch hat der Bezirksagent in einem solchen Falle Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs, wenn er dessen zur Begründung seines Schadensersatzanspruches bedarf.

2. Alleinverkaufsberechtigte für einen bestimmten Bezirk. Vgl. § 84 Ziff. 2.

3. Colmar 4. 4. 17, ElsLothZ. 42, 174, R. 17 Nr. 879. Der zum Kriegsdienst eingezogene Bezirksagent hat keinen Anspruch auf Provision aus den in seinem Bezirk ohne seine Mitwirkung geschlossenen Geschäften.

§ 91.

1. Anspruch des Bezirksagenten auf Buchauszug bei vertragswidrigen direkten Geschäften des Geschäftsherrn. Vgl. § 89 Ziff. 1b.

2. Entsprechende Anwendung des § 91 auf mit dem Agenturverhältnis verwandte Verhältnisse, auf Kommissionsagenten. Vgl. § 84 Ziff. 3.

3. München 15. 11. 15, R. 17 Nr. 683. Abrechnung und Buchauszug sind voneinander verschieden. Die Bekl. hat bisher überhaupt nur einen Buchauszug erteilt, nicht aber Abrechnung. Allerdings läßt sich eine solche Abrechnung in Verbindung mit der Zusage von 10% Provision leicht selbst herstellen. Das entbindet jedoch die Bekl. nicht von der ihr nach dem Gesetzeswortlaut obliegenden Pflicht, die Provision ziffernmäßig zu berechnen.

§ 92.

1. Anzuwendendes Recht. **RG.** 30. 3. 17, LeipzZ. 17, 794. Ob der Geschäftsherr befugt ist den Agenturvertrag zu kündigen, muß notwendig nach demselben Recht beurteilt werden, ohne Unterschied, ob aus der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Kündigung Verbindlichkeiten des Geschäftsherrn oder des Agenten hergeleitet werden. Dieses Recht aber kann hier nur das deutsche sein, da die gesamte für den Geschäftsherrn entwickelte, auf Absatz seiner Erzeugnisse in Deutschland gerichtete Tätigkeit des Agenten sich im Deutschen Reiche abspielte, in dem der Agent auch seine Niederlassung hatte und ein Lager von Waren des Geschäftsherrn unterhielt.

2. Einfluß des Krieges. Hamburg 23. 11. 16, LeipzZ. 17, 765. Wenn die Parteien den Anstellungsvertrag eingegangen sind ohne die Möglichkeit eines Kriegs zu berücksichtigen, dann kann der Krieg einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Vertrags bilden. Hier liegt aber die Sache insofern anders, als die Parteien den Vertrag am 30. 7. 1914, während der Krieg mit Rußland unmittelbar auszubrechen drohte und in ausdrücklicher Rücksichtnahme auf die Kriegsgefahr geschlossen haben. Nach dem Vertrag haben die Parteien das Vertragsverhältnis auch während eines Kriegs mit Rußland fortsetzen wollen. Dieser Wille ist durchschlagend und es macht dabei keinen Unterschied, ob und welche Vorstellung sie sich bei der Eingehung des Vertrags über die mögliche Dauer des Krieges gemacht haben. — Das Urteil des OLG. wurde aufgehoben durch

3. **RG.** 5. 6. 17, BayRpflZ. 17, 286, LeipzZ. 17, 1178, R. 17 Nr. 1476, WarnE. 17, 244. Allerdings ergibt sich aus dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und aus dem Vertrag selbst, daß der Bestand des Vertrags nach dem Willen der Parteien durch den Ausbruch des Krieges allein noch nicht berührt werden sollte. Dagegen enthält der Vertrag keine Bestimmung, die das gesetzl. Kündigungsrecht des Geschäftsherrn auch insofern aufhob, als es aus einer unerwartet langen Dauer des Krieges und einer dadurch herbeigeführten anhaltenden Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Tätigkeit des Agenten und der Erreichung der wirtschaftl. Zwecke des Vertrags hergeleitet wird. Haben die Parteien nur mit einer kürzeren Dauer des Krieges gerechnet, so fehlt jeder Anhalt für die vom BerufungsG. angenommene weitere Ausschließung des gesetzlichen Kündigungsrechtes. Die Einwirkung einer längeren Dauer des Krieges auf ein Vertragsverhältnis kann eine so tiefgreifende sein, daß sie für die Frage, ob die Forts. des Vertrags der einen oder anderen Partei zuzumuten ist, von entscheidender Bedeutung wird.

4. **RG.** 1. 12. 16, R. 17 Nr. 1708. Der Agent kann nicht verlangen, daß der Geschäftsherr ohne Rücksicht auf seine eigene Lage und auf seinen eigenen Vorteil ihm einen gleichmäßig hohen Verdienst ermögliche und lediglich behufs Sicherung des Provisionsgewinns

des Agenten zu eigenem Schaden den Betrieb fortsetze. Verzichtet der Geschäftsherr dagegen, ohne daß diese Voraussetzungen vorliegen, in einer mit einem Konkurrenten abgeschlossenen Interessengemeinschaft auf das dem Agenten zugewiesene Absatzgebiet, so liegt darin eine Verletzung des Agenturvertrags.

5. **RG.** 5. 6. 17, R. 17, 403. Ist in einem am 30. 7. 1914 geschlossenen Agenturvertrage bedungen, daß im Falle eines Krieges der Umsatz erst für ein Jahr berechnet werden soll, das einen Monat nach Friedensschluß beginne, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß der Vertrag wegen unvorhergesehener überlanger Kriegsdauer hinfällig wird.

6. Schadensersatzanspruch des Agenten wegen vorzeitiger Kündigung. Kiel 29. 3. 17, SchlHolstAnz. 17, 129. Das RG. hat bereits für das alte Recht ausgeführt, der Agent könne nicht erwarten, daß der Geschäftsherr zum eigenen Schaden den Geschäftsbetrieb selbst dann fortsetze, wenn dies nur noch mit Aufopferung des eigenen Vermögens geschehen könnte; der Agent müsse vielmehr auch die Folgen ungünstiger Geschäftsgestaltung tragen und könne bei vorzeitiger Vertragsauflösung dann keinen Schadensersatz fordern, wenn die Vertragsauflösung wegen der Unmöglichkeit eines lohnenden Fortbetriebes des Geschäftes erfolgt sei. An dieser Auffassung, die das RG. auch für das neue Recht vertreten hat, ist festzuhalten. Wenn der Agent die ungünstige Geschäftslage damit in Zusammenhang bringt, daß der Geschäftsherr seinen früheren Teilhaber aus dem Geschäfte verdrängt und hierdurch das Geschäft geschädigt habe, so kann hierin ein Verschulden gegenüber dem Agenten nicht erblickt werden, da der Geschäftsherr nicht verpflichtet war, mit seinem Teilhaber zusammen zu arbeiten und seine Interessen dem wirtschaftlichen Vorteil des Agenten hintanzustellen. Wenn ferner der Geschäftsherr die sich ihm bietende günstige Gelegenheit ausnutzte und das Geschäft vorteilhaft verkaufte, so liegt auch darin keine Vertragsverletzung gegenüber dem Agenten.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 93.

1. Keine Ausdehnung des § 85 HGB. auf Mäkler. Vgl. zu § 85.

2. Hamburg 3. 4. 16, OLG. 34, 337. Eine vertragliche Beziehung zu beiden Parteien ist kein begrifflich notwendiges Merkmal des Handelsmaklers.

3. Unterschied zwischen Agent und Mäkler, Königsberg 3. 4. 17, PosMSchr. 17, 12. Vgl. Ziff. 2 zu § 84.

4. Hamburg 13. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 116. Der Auftraggeber ist auch dem Mäkler gegenüber verpflichtet, den Eintritt der Bedingung des Kaufgeschäftes nicht gegen Treu und Glauben zu verhindern.

§ 94.

Beweiskraft der Schlußnoten; bei Entgegennahme der Schlußnote abgegebene Erklärungen. **RG.** 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1127. Vgl. § 346 II, 1.

§ 98.

1. Hamburg 10. 11. 16, LeipzZ. 17, 766. Die Schlußnote ergibt, daß der bekl. Mäkler für den Kl. von der Firma N. gekauft haben will, während N. den Kaufabschluß bestreitet. Kl. gründet deshalb seinen Anspruch darauf, daß Bekl. durch Übermittlung einer den Tatsachen nicht entsprechenden Schlußnote schuldhaft gehandelt und dadurch für ihn Schaden herbeigeführt habe. Der Bekl. muß die Richtigkeit der Schlußnote beweisen. Solange er nicht bewiesen hat, daß entweder der Inhalt der Schlußnote richtig ist oder daß ihn an deren Unrichtigkeit kein Verschulden trifft, gilt seine Mitteilung als schuldhaft falsch. Der Bekl. hatte zunächst mit Sv. abgeschlossen. Dieser hatte die Ware von N. gekauft und hat sich dann mit der Fakturierung der Ware durch N. einverstanden erklärt, vorbehaltlich dessen Genehmigung. N. hat diese Fakturierung übernommen, ebenso die Entgegennahme der Kaufsumme, er bestreitet aber, daß er der „eigentliche" Verkäufer der Ware an den Kl. geworden sei. Daß Bekl. letzteres angenommen hat, er-

gibt die Tatsache, daß er dem N. sofort eine ihn als Verkäufer bezeichnende Schlußnote gesandt hat; daß N. bei Empfang der Schlußnote sich nicht für den Verkäufer hielt, ergibt die Rücksendung der Schlußnote. Rechtlich kann N. Erfüllungsdelegat und Inkassobeauftragter des Sv. gewesen sein; er kann aber auch nach Rückgängigmachung des Vertrags mit Sv. in dessen Vertrag mit dem vom Bekl. vertretenen Kl. eingetreten sein. Welcher der beiden Fälle tatsächlich vorliegt, ist dunkel. Eine Haftbarkeit des Bekl. aber ist in keinem der beiden Fälle gegeben. Ist seine Darstellung richtig, dann hat er in der Schlußnote die Wahrheit mitgeteilt. Ist N.s Darstellung richtig, dann hat der Bekl. zwar etwas Unrichtiges berichtet, aber ohne sein Verschulden.

2. Hamburg 9. 11. 16, LeipzZ. 17, 289. Der Handelsmäkler haftet seiner Partei bei Verletzung der Sorgfaltspflicht, hat aber ohne besondere Veranlassung nicht die Pflicht, die Leistungsfähigkeit der Gegenpartei zu prüfen.

3. Braunschweig 10. 3. 14, OLG. 34, 53. Der Mäkler verletzt die Mäklertreue, wenn er die Mitteilung wesentlicher Umstände unterläßt, deren Kenntnis geeignet ist, auf die Entschließung des Auftraggebers einzuwirken und diesen vom Vertragsschluß abzuhalten. Bei der Vermittlung eines Verkaufes ist die Zahlungsunfähigkeit des Käufers regelmäßig ein solcher Umstand. Der Mäkler hat aber die Pflicht, besondere Erkundungen über die Zahlungsfähigkeit des Gegners anzustellen, nur dann, wenn und soweit sie sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt.

4. Posen 26. 1. 14, OLG. 34, 53 Anm. Hat der Käufer eine Anzahlung zu leisten, so ist der Mäkler nach Treu und Glauben verpflichtet, sich zunächst über dessen Vermögensverhältnisse bei zuverlässigen Dritten zu erkundigen; sonst verliert er seinen ProvAnspruch.

5. Hamburg 3. 4. 16, OLG. 34, 337. (Vgl. JDR. 15 § 98 HGB. Ziff. 2.) Wenn der bekl. Handelsmäkler auch zunächst allein durch X. beauftragt wurde und seine Vergütung nur durch einen im Kaufpreis steckenden Preisaufschlag erhielt, so trat er doch auch zu der klagenden Käuferin in Vertragsbeziehungen. Die Kl. hat auch ihrerseits die Maklertätigkeit des Bekl. in Anspruch genommen, indem sie sich seiner zur Herbeiführung des Abschlusses bediente und seinen Rat wiederholt mit entscheidender Wirkung bei Abschluß und Durchführung des Geschäftes einholte. Die vertraglichen Beziehungen der Prozeßparteien gingen noch über den Rahmen des Mäklergeschäfts hinaus. Es handelte sich um größere Geschäfte mit einem der Kl. bis dahin unbekannten Ausländer, wobei der Preis gegen Frachtbriefduplikat zu bezahlen war. Die Kl. war nicht ohne weiteres bereit, das Geschäft abzuschließen. Hierzu wurde sie erst durch die wiederholten Erklärungen des Bekl. über Güte und Vertrauenswürdigkeit des X. veranlaßt; sonst hätte sie das Geschäft entweder gar nicht oder nur unter besonderen Sicherungsmaßregeln abgeschlossen. Das hat der Bekl. erkannt; er hat seine Mitteilungen gemacht, um den Abschluß herbeizuführen. Deshalb haftet er vertraglich.

§ 99.

Provision für bedingte Geschäfte. a) Hamburg 27. 6. 16, OLG. 34, 52. Bei aufschiebender Bedingung hat der Mäkler keinen Anspruch auf Provision. Aber auch bei Festsetzung einer auflösenden Bedingung kann die Provision nicht immer gefordert werden, gleichviel ob die Bedingung eintritt oder nicht. Die herrschende Meinung geht vielmehr dahin, daß mit dem Eintritt der Bedingung der Anspruch auf Provision hinfällig werde. Diese sehr strittige Frage läßt sich aber wohl überhaupt nicht in der Weise entscheiden, daß eine für alle Fälle gleichbleibende Regel aufgestellt werden könnte; vielmehr kommt es im wesentlichen auf die begleitenden Umstände und die Absicht der Parteien an.

b) Hamburg 13. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 116. Bei aufschiebend bedingten Geschäften ist bei Ausfall der Bedingung Maklergebühr nicht zu zahlen.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105.

1. **RG.** 9. 3. 17, LeipzZ. 17, 593, R. 17 Nr. 812, ZBlFG. 18, 33. Es bestimmt der Vertrag, daß der Bekl. zu 2 „als Vergütung für seine Tätigkeit und gleichzeitig als fixierten Gewinnanteil" einen bestimmten Jahresgehalt erhalte und im alten Gesellschaftsvertrag ist bestimmt, daß Gewinn und Verlust nach wie vor ausschließlich den Kl. und den Bekl. zu 1 treffen. Die Bezüge des Bekl. zu 2 sind also unabhängig von dem Gewinn oder Verlust bringenden Ergebnis dieses Betriebes. Eine solche Regelung der Gewinn- und Verlustbeteiligung unter den mehreren Gesellschaftern derart, daß ein Geschäftsteilhaber ein festes Gehalt erhalten, im Innenverhältnis am Gewinn und Verlust aber keinen Anteil haben soll, schließt zwar den Bestand eines Gesellschaftsverhältnisses überhaupt und den einer o. HG. insbesondere nicht aus. Es wird aber allerdings eine solche Regelung für gewöhnlich einen Umstand darstellen, der gegen die Annahme eines GesVerhältnisses spricht.

2. Notwendiger Inhalt eines Gesellschaftsvorvertrags. **RG.** 26. 1. 17, JW. 17, 291. Die Ansicht des OLG. für den Abschluß eines Vorvertrags über Gründung einer Ges. sei es genügend, wenn außer dem Geschäftszweige, der GesForm, dem Sitze der Ges. und ihrem Beginne auch die Kapitaleinlagen fest vereinbart seien; die Bestimmungen über Verzinsung der Einlagen, Gewinnverteilung und Höhe der monatlichen Entnahmen seien zu den Haupterfordernissen des Vorvertrags nicht zu rechnen, hierüber könnten sich die Parteien später einigen oder sie könnten sich mit der gesetzlichen Regelung begnügen, ist irrig. Bedürfen auch Vorverträge nur ein solches Maß von Bestimmtheit, wie nötig ist, um im Streitfalle den Inhalt des versprochenen Vertrags richterlich bestimmen zu können, so ist diese Möglichkeit doch hier nicht vorhanden. Die §§ 121, 122 HGB. sind Vorschr. für die Ges. selbst; wie schon ROHG. 9, 38 hervorhebt, setzen sie den Abschluß des GesVertrags voraus und können für das pactum de ineunda societate nur durch Vermittlung eines darauf gerichteten Willensaktes maßgebend werden. Es würde auch unrichtig sein, jene Vorschriften im Zweifel für gewollt zu halten. Bei einer so starken Verschiedenheit des Einbringens wie hier (der eine Gesellschafter soll 100000 und die wertvolle Firma, der andere nur 50000 einbringen) wird die verhältnismäßig geringfügige Vorzugsdividende des § 121 Abs. 1 wirtschaftlich nicht als entsprechender Ausgleich empfunden. Auch bei dem gesetzl. Recht auf Abhebung von 4% des Aktivkontos (§ 122 HGB.) läßt man es selten bewenden; im praktischen Leben werden feste Entnahmen vereinbart. Beide Punkte fordern um so mehr zu rechtsgeschäftl. Bestimmung heraus, wenn es sich um eine gesellschaftl. Bindung von langer Dauer handelt. Daher geht das angefochtene Urteil deshalb fehl, weil es, ohne Gründe dafür anzugeben, von der Regel der Erfahrung abweicht.

3. Eintritt in das Geschäft eines geschäftsunfähigen Einzelkfms., Wirkung der Anmeldung des Eintritts. **RG.** 14. 11. 16, LeipzZ. 17, 261. Vgl. § 28.

4. Erfordernisse des Gesellschaftsvertrags. **RG.** 9. 3. 17, JW. 17, 600. Durch einen Vertrag mehrerer Personen, der lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftl. Firma betriebenen Handelsgewerbes in der Weise regelt, daß alle Vertragschließenden als Gesamtschuldner persönlich haften, wird eine o. HG. nicht begründet. Der Vertrag muß vielmehr alle Erfordernisse eines GesVertrags (§ 705 BGB.), also gemeinsamen Zweck, Betrieb eines Handelsgewerbes, Beiträge der Gesellschafter enthalten.

5. Die o. HG. als Inhaberin einer anderen Firma? BayObLG. 6. 8. 17, vgl. Ziff. 2 zu § 19 HGB.

6. KG. 13. 7. 17, R. 17 Nr. 1877. Eine o. HG. kann nicht Teilhaberin einer anderen o. HG. sein.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 112.

1. **RG.** 11. 5. 17, R. 17 Nr. 1710. Hat ein Gesellschafter schuldhaft mit Unrecht die Ges. als aufgelöst behandelt und deren Geschäfte als eigene an sich gezogen, so ist er auch abgesehen von § 113 abrechnungspflichtig.

2. **RG.** 11. 5. 17, R. 17 Nr. 1711. Auch wenn der Gegenstand des Geschäftsbetriebs der Ges. nicht auf Vermittlungen gerichtet ist, kann der Abschluß gewisser Vermittlungen eine Verletzung des Wettbewerbsverbots sein.

§ 113.

1. Vgl. § 112.

2. Keine entsprechende Anwendung des § 113 auf Ges. des BGB. **RG.** 17. 11. 16. Vgl. Ziff. 1 zu § 708 BGB.

§ 114.

Wann ist anzunehmen, daß ein Gesellschafter für die Ges. gehandelt hat? **RG.** 11. 5. 16, JDR. 15 § 114 Ziff. 2, auch BauersZ. 24, 34. Vgl. auch unten zu § 344.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 125.

1. Hamburg 19. 4. 16, OLG. 34, 342, ZBlFG. 18, 130. Im GesVertrag ist Kollektivvertretung i. S. des § 125 Abs. 3 bestimmt. Das ist zum HandReg. dahin eingetragen, „daß jeder Gesellschafter nur berechtigt ist, die Ges. in Gemeinschaft mit den Prokuristen G. zu vertreten". Eine Beschränkung der Kollektivvertretung auf die Mitunterzeichnung durch einen bestimmten Prokuristen kennt aber das Ges. nicht. § 125 Abs. 3 bedeutet, daß die Beschränkung der Vertretungsbefugnis in diesem Umfang eine allgemeine ist, so daß nicht etwa mit dem Wegfall der Prokura ohne weiteres eine Einzelvertretungsbefugnis der Gesellschafter besteht.

2. Halbseitige Gesamtvertretung. **RG.** 9. 3. 17, JW. 17, 601, LeipzZ. 17, 658, R. 17 Nr. 903, ZBlFG. 18, 33. Die Eintragung mehrerer Gesellschafter derart, daß der eine allein, der andere nur mit ihm gemeinsam vertretungsberechtigt ist, ist zulässig. — Zustimmend Flechtheim, JW. 17, 601.

3. Vertragsabschluß durch Gesamtvertreter. A. Fuchs, ZBlFG. 17, 457. Im Gegensatz zu RG. 81, 325 führt Fuchs aus: Hat ein Gesamtvertreter als solcher, d. h. in seiner Eigenschaft als Gesamtvertreter, die Vertragserklärung abgegeben, so kann die zum Zustandekommen des Vertrags mit Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen erforderliche Mitwirkung der übrigen Gesamtvertreter, auch wenn sie in der äußeren Form der Zustimmung zu der Erklärung des ersten Gesamtvertreters erfolgt, nicht anders als durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner erfolgen und bedarf bei formbedürftigen Rechtsgeschäften der Form. Hat ein Gesamtvertreter aber unter Abstandnahme von dieser seiner Eigenschaft die Vertretungserklärung abgegeben, so kann die zum Zustandekommen des Vertrags mit Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen erforderliche Mitwirkung der übrigen Gesamtvertreter gegenüber dem ersten Gesamtvertreter geschehen, vorausgesetzt, daß der erste Gesamtvertreter mit dieser Genehmigung einverstanden ist, ebenso natürlich auch durch die gegenüber dem ersten Gesamtvertreter abgegebene Erklärung der Genehmigung durch so viele Gesamtvertreter, als zur Vertretung der Gesellschaft erforderlich sind; in diesem letzteren Fall ist das Einverständnis des ersten Gesamtvertreters mit der Genehmigung nicht erforderlich. Die Genehmigungserklärung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Abgesehen davon kann der

eine von mehreren Gesamtvertretern von der Gesamtheit der Vertreter, also unter seiner eigenen, wenn auch nur stillschweigenden Mitwirkung, zur Vornahme eines einzelnen Rechtsgeschäftes oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften durch eine ihm gegenüber abzugebende Erklärung ermächtigt werden; auf Grund dieser Erklärung kann dann der Bevollmächtigte den Vertrag für die Gesellschaft wirksam abschließen, ohne daß die Bevollmächtigung dem Vertragsgegner gegenüber kundgegeben zu sein braucht. Die Vollmacht bedarf bei formbedürftigen Rechtsgeschäften nicht der Form.

§ 128.

1. Lehmann, Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, GoldschmidtsZ. 79, 58ff. (Vgl. auch unten 1 zu § 159.) Man hat in der Rechtspr. die Enthaftung des Ausgeschiedenen durch Annahme eines stillschw. Verzichts, einer stillschw. Haftungsentlassung zu begründen versucht. Daß in dem Stillschweigen des Gläubigers auf die Anzeige vom Ausscheiden eines Gesellschafters und der Übernahme des Geschäftes durch den verbleibenden Gesellschafter mit Werten und Schulden eine solche Haftentlassung nicht zu finden ist, hat das RG. mehrfach erkannt. Dagegen wurde wiederholt in der aktiven Mitwirkung des Gläubigers bei der Auseinandersetzung des ausscheidenden Gesellschafters mit dem verbleibenden Übernehmer des Geschäftes eine stillschweigende Haftentlassung des ersteren gefunden. Weiter hat das RG. aus der Tatsache der Weiterlieferung an den Übernehmer allein die Enthaftung des Ausgeschiedenen gefolgert, eine Ansicht, die im Schrifttum allgemein abgelehnt wurde; oder es hat sich für eine Befreiung des Ausgeschiedenen ausgesprochen, wenn zu der Tatsache der Weiterlieferung an den Übernehmer noch andere Umstände, z. B. Lieferung gegen alleiniges Akzept des Übernehmers, oder gewisse Kreditierungshandlungen hinzutraten. Doch auch diese letztere Ansicht hat das RG. später stark eingeschränkt. Man hat erkannt, daß der Schluß auf eine stillschw. Befreiung allein aus der Tatsache der Weiterlieferung an den Übernehmer ein direkter logischer Fehler war und daß der gleiche Schluß aus der Kreditierung nichts wie eine willkürliche Fiktion zu einem guten Zwecke bedeutet. Maßgebend für die Frage der Haftentlassung ist nicht die meist willkürliche Verzichtsannahme, sondern der Gedanke, daß niemand eine Befugnis in Widerspruch mit seinem früheren Verhalten geltend machen darf (gegensätzliches Verhalten). Der Lieferant, der nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters an die fortbestehende Ges. oder den Übernehmer des Geschäfts mit Werten und Schulden einen schwebenden Lieferungsvertrag erfüllt und dabei ungewöhnliche Zahlungsfristen ohne Zuziehung des Ausgeschiedenen bewilligt, verwirkt grundsätzlich nach Treu und Glauben das Recht, die Haftung des Ausgeschiedenen geltend zu machen, es sei denn, daß er durch die Kreditierung dessen Lage nicht verschlechtert hat, daß dessen Haftung also bei sofortigem Vorgehen erst recht praktisch geworden wäre.

2. Haftung des ausscheidenden Gesellschafters für Nachzahlungen auf nicht voll eingezahlte, der o. HG. gehörige Namensaktien. Vgl. unten 2 zu § 159.

§ 130.

Eintritt eines Gesellschafters an Stelle eines gleichzeitig Austretenden, BayObLG. 13. 3. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 131.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131.

1. **RG.** 12. 1. 17, R. 17 Nr. 459. Das Ausscheiden eines Gesellschafters kann auch ohne eigene Beteiligung einzelner Gesellschafter an dem Austrittsabkommen seitens dieser durch Fortsetzung der Ges. mit den übrigen Gesellschaftern genehmigt werden.

2. BayObLG. 13. 3. 16, BayObLG. 17 B 40. Bei einer aus mehr als 2 Teilhabern bestehenden o. HG. hat das Ausscheiden eines Teilhabers nicht die Auflösung der Ges.

zur Folge. Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters wächst dem gesellschaftlichen Gesamtgute der in der Ges. verbleibenden Teilhaber an. Das gleiche gilt auch bei einer aus 2 Personen bestehenden Ges. beim Austreten eines Gesellschafters und beim gleichzeitigen Eintritt eines neuen Gesellschafters, wenn der Wille auf die Fortsetzung der Ges. gerichtet ist. Vgl. auch BayObLG. 12. 2. 17, Ziff. 4 zu § 142.

3. Abfindungsanspruch des Ausscheidenden. **RG.** 13. 2. 17, LeipzZ. 17, 594. Vgl. Ziff. 1 zu § 149.

§ 133.

1. Anwendung des § 326 BGB. (Rücktritt). Vgl. § 326 BGB. I 1b, α u. γ.

2. **RG.** 16. 2. 17, BauersZ. 24, 209, LeipzZ. 17, 731, R. 17 Nr. 684. Die Klage auf Auflösung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß an der Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses auch der auf Auslösung aus einem wichtigen Grunde klagende Gesellschafter mitschuldig ist.

§ 135.

Rechtsstellung des Pfandgläubigers des Auseinandersetzungsguthabens, vgl. § 717 BGB. Ziff. 2.

§ 139.

1. **RG.** 12. 1. 17, R. 17 Nr. 457, ZBlFG. 17, 535. Eine Erbengemeinschaft ist keine Rechtspersönlichkeit und deshalb auch nicht fähig, Mitglied einer o. HG. zu sein; das können nur die Erben als Einzelpersonen sein.

2. **RG.** 12. 1. 17, R. 17 Nr. 458, ZBlFG. 17, 535. Soll die Ges. inhaltlich des Errichtungsvertrags beim Tode eines Gesellschafters mit den Erben fortgesetzt werden, so wird diese Folge durch die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht beeinflußt.

3. Eintragung einer Erbengemeinschaft als Gesellschafterin. a) Dresden 23. 10. 15, JDR. 15 § 139 Ziff. 3, auch DNotV. 17, 449, KGJ. 49, 268, OLG. 34, 342, SeuffA. 72, 162.

b) KG. 27. 10. 16, DNotV. 17, 449, KGJ. 49, 109, ZBlFG. 18, 130. Die Eintragung in das HandReg., daß eine o. HG. nach dem Tode eines Gesellschafters durch die überlebenden Gesellschafter und „durch die Erben des Verstorbenen in ungeteilter Erbengemeinschaft" fortgesetzt werde, ist unzulässig und von Amts wegen zu löschen.

§ 142.

1. **RG.** 9. 1. 17, HoldheimsMSchr. 17, 151, JW. 17, 292, R. 17 Nr. 460. In dem Verlangen auf Überweisung des Geschäftes zur alleinigen Fortführung liegt nicht ohne weiteres der Antrag auf gewöhnliche Auflösung. Ein Gesellschafter kann sehr wohl ein Interesse daran haben, daß er selbst unter Ausscheiden des anderen das Geschäft allein übernehmen darf, während er kein Interesse hat und es nicht will, daß das gemeinsame Geschäft aufgelöst wird. Er kann sehr wohl lieber die Ges. fortsetzen anstatt das Geschäftsende herbeizuführen. — Zustimmend Flechtheim, JW. 17, 292.

2. **RG.** 9. 1. 17, HoldheimsMSchr. 17, 151, R. 17 Nr. 461. Von der Geschäftsüberweisung an einen Gesellschafter ist mit Rücksicht auf die für den anderen Gesellschafter regelmäßig damit verbundenen Nachteile nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen. Unverträglichkeit und Aufgeregtheit des Antragstellers kann ein Gegengrund sein, weil solche Umstände eine sachliche Auseinandersetzung erschweren oder ausschließen. Die Ansicht, daß eine sachliche Auseinandersetzung immer stattfinden müsse, durch die Übernahme also weder erschwert noch erleichtert werde, ist nicht zutreffend. Denn bei der Auflösung durch gerichtl. Entscheidung (§ 133 HGB.) erfolgt sie mittels Liquidation durch nötigenfalls vom Gericht zu ernennende, objektive Liquidatoren, bei der Übernahme nach § 142 aber gerade ohne Liquidation gemäß §§ 738—740 BGB. zwischen den Parteien persönlich.

3. Austritt des einen Gesellschafters unter gleichzeitigem Eintritt eines neuen Gesellschafters an seine Stelle, vgl. oben Ziff. 2 zu § 131.

4. Gesamtrechtsnachfolge im Falle der Auflösung einer o. HG. auf Grund freier Vereinbarung. BayObLG. 12. 2. 17; 18 B 16, LeipzZ. 17, 681. Auch wenn eine o. HG. nur aus zwei Teilhabern besteht, stehen zu dem Zwecke der Abwickelung der gemeinsamen Rechtsbeziehungen verschiedene Wege offen. Die Teilhaber können das Vermögen unter sich teilen, sie können es an eine dritte Person veräußern, sie können nur einen Teil z. B. das Geschäft veräußern und andere Teile z. B. Grundstücke zu späterer Verwertung zurückbehalten, wobei dann eine Liquidation nach den gesetzl. Vorschriften stattfinden muß. Es kann aber auch der eine Gesellschafter gegen eine Abfindung in Geld aus der Ges. ausscheiden und der andere Gesellschafter ohne Liquidation das ganze Vermögen der Ges. übernehmen. Nach den Grundsätzen, die das RG. und BayObLG. aus dem § 738 BGB., §§ 142, 145 HGB. entwickelt haben, zieht eine derartige Vereinbarung der beiden Gesellschafter die Rechtsfolge nach sich, daß der Anteil des Ausscheidenden dem Anteil des anderen ohne weiteres zuwächst. Dieser Übergang bildet für den Übernehmer einen sich kraft Gesetzes vollziehenden Vermögenserwerb und stellt sich als eine Gesamtnachfolge dar, die das ganze Vermögen der Ges. ergreift, ohne daß es besonderer Übertragungsakte (Auflassung) bedürfte. Gleichgültig ist, ob die einzelnen Bestandteile des GesVermögens den beiden Gesellschaftern bekannt oder ob sie von ihnen bei der zum Zweck der Abfindung des Ausscheidenden gepflogenen Berechnung in Anschlag gebracht waren. Da der Übergang des bisher gesellschaftl. Vermögens nicht nur in den Fällen des § 142, sondern auch in dem Falle, daß er auf der freien Vereinbarung der beiden Gesellschafter beruht, als Gesamtrechtsnachfolge aufzufassen ist, ergibt sich auch für diesen Fall die Unzulässigkeit, einzelne Vermögensstücke von der Übernahme auszuschließen.

5. LG. Freiburg 20. 12. 16, BauersZ. 24, 206. Keine Auflassung, sondern nur eine Berichtigung des Grundbuchs, wenn ein Gesellschafter das Unternehmen einer aufgelösten o. HG. fortsetzt.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145.

BayObLG. 13. 3. 16; 17 B 40. Durch die Auflösung einer o. HG. allein erleidet das Gesamthandeigentum der Gesellschafter keine Änderung. Dieses Rechtsverhältnis dauert fort, bis sich die Gesellschafter über das Gesamthandeigentum auseinandergesetzt haben. Soweit ein Grundstück in Frage steht, bedarf es hierbei der Auflassung unter Angabe des jedem Gesellschafter anfallenden Bruchteiles.

§ 146.

1. KG. 30. 6. 16, DNotV. 17, 451, OLG. 34, 343 Anm., RJA. 15, 127, ZBlFG. 18, 69. Da die o. HG. keine selbständige Rechtspersönlichkeit besitzt, und sich in ihrer ganzen rechtlichen Gestaltung wesentlich vom rechtsfähigen Verein unterscheidet, so ist auf sie der § 29 BGB. auch nicht entspr. anwendbar; die §§ 146, 147 regeln vielmehr erschöpfend den Fall der Behinderung eines Liquidators. Die Bestellung eines Vertreters für den im Felde stehenden Liquidator ist unzulässig.

2. KG. 24. 3. 16, DNotV. 17, 450, KGJ. 49, 116, OLG. 34, 343, R. 17 Nr. 1304, RJA. 15, 121, ZBlFG. 18, 65, 130. Gerichtl. Bestellung eines Liquidators schon vor Auflösung der Gesellschaft. Nach § 146 Abs. 2 kann das Gericht aus wichtigen Gründen Liquidatoren ernennen. Wann dies zu geschehen hat, ist nicht gesagt. Bei der Bestimmung der Liquidatoren durch den GesVertrag erfolgt die Übertragung der Liquidation schon vor der Auflösung. Mangels einer abweichenden Vorschrift muß das gleiche für die vom Gesetz den anderen Bestellungsarten völlig gleich geordnete gerichtliche Ernennung gelten. Dafür sprechen auch innere Gründe. Die gerichtl. Ernennung kann also schon vor der Auflösung erfolgen, sie verleiht aber vor der Auflösung keinerlei Vertretungsbefugnis und der Eintrag im HandReg. kann auch erst nach Beginn der Liquidation erfolgen. Ihre Grenze findet die Vorausbestellung darin, daß sie an einen wichtigen

Grund gebunden ist. Ein solcher wird nur dann vorliegen, wenn der Zeitpunkt der Auflösung nahe bevorsteht und wenn deren Eintritt gewiß ist. Streiten die Beteiligten über den Zeitpunkt der Auflösung oder über diese selbst, dann kommt es darauf an, welcher Auflösungsgrund in Frage steht. Meint ein Gesellschafter, aus wichtigen Günden vorzeitig die Auflösung aus § 133 verlangen zu können, so hat der RegRichter sich bis zur Entscheidung des ProzeßG. jedes Eingreifens zu enthalten, da er über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 133 nicht zu befinden hat. Handelt es sich dagegen um einen der Gründe des § 133 Nr. 1, 2, 4 oder um Kündigung nach § 132, so hat der RegRichter von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen.

3. Ernennung eines Liquidators durch das Gericht unter Zubilligung einer Vergütung. Beginn der Wirksamkeit der Ernennungsverfügung. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 179. Der Liquidator steht, auch wenn er vom Gericht nach § 146 Abs. 2 ernannt ist, zu den Gesellschaftern im Verhältnis eines Dienstverpflichteten; der Vertrag kommt zustande durch die Entscheidung des Richters einerseits und die Annahme des Amtes durch den Liquidator andererseits. Die Entsch. des Richters ersetzt (ähnlich wie ein Urteil nach § 894 ZPO.) die Anstellungserklärung der Ges. Weitere Befugnisse gibt das Gesetz dem Richter nicht; namentl. ist die vom Richter dem Liquidator gegebene Zusicherung einer bestimmten Vergütung für die Ges. nicht bindend. Die Ernennung des Liquidators durch das Gericht wird wirksam mit der Bek. der Verfügung, die an den Liquidator wie auch an die Ges. zu erfolgen hat (§ 16 FGG.). Ist sie nur an diese, nicht auch an den Liquidator erfolgt, so sind die dem Liquidator gegenüber abgegebenen Erklärungen (z. B. Kündigungen) sowie eine an ihn erfolgte Klagezustellung unwirksam und diese Rechtshandlungen werden auch nicht von selbst dadurch wirksam, daß dem Liquidator demnächst seine Ernennung bekannt gemacht wird. Die entsprechende Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB. ist ausgeschlossen. Doch kann dieser solche Rechtshandlungen nachträglich genehmigen d. h. sie so gelten lassen, als wären sie nach dem Amtsantritt vorgenommen. Die Verfügung, durch die der gerichtliche Liquidator ernannt wird, wird mit der Bek. an diesen wirksam auch für die Gesellschafter, selbst wenn diesen die Verfügung nicht bekannt gemacht ist. Denn indem das Ges. diesem Vertreter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis einräumt, entzieht es sie insoweit dem Vertretenen. Durch die Bek. der Ernennungsverfügung an den Liquidator erlangt dieser die Rechtsstellung nur, wenn er vor der Ernennung sich dem Gericht gegenüber zur Annahme bereit erklärt hat, oder nachträglich zur Annahme bereit ist, welch letzteres sich auch durch schlüssige Handlungen äußern kann.

§ 147.

Stuttgart 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1128. Das LG. kann auf sof. Beschw. die durch das AG. ausgesprochene Abberufung von Liquidatoren auch aus Gründen, die erst nach der Verfügung des AG. eintreten, wieder aufheben.

§ 149.

1. **RG.** 13. 2. 17, LeipzZ. 17, 593. Nach der Regel des Gesetzes hat allerdings die Kündigung des GesVerhältnisses, auch wenn sie von einem Kommanditisten ausgeht, die Auflösung der KomGes. zur Folge. Hier ist jedoch zulässigerweise schon im GesVertrag für den Fall der Kündigung eines einzelnen Gesellschafters die Forts. der Ges. unter den übrigen und die Auszahlung des dem kündigenden zustehenden Kapitalanteils vorgesehen und es steht unangefochten fest, daß bei dem Ausscheiden des Kl. die Ges. fortgesetzt worden ist. Der Kl. hat also mit seinem Ausscheiden einen Anspruch auf Auszahlung seines Abfindungsguthabens, keinen Auseinandersetzungsanspruch. Zum Nachweis der Höhe dieses Anspruchs genügt aber die Bilanz mindestens insoweit, als deren Richtigkeit von dem Bekl. nicht bestritten wird.

2. Stellung der Gesellschafter gegenüber dem Liquidator. Klage eines Gesellschafters gegen den Liquidator auf Rechnungslegung. Karls-

ruhe 13. 2. 17, LeipzZ. 17, 556. Der nicht zum Liquidator bestellte Teilhaber einer o. HG. kann während der Liqu. von dem Liquidator nicht Rechnungsstellung verlangen. Wie vor Beginn der Liqu. der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter nur die in § 118 HGB. genannten Rechte gegenüber den geschäftsführenden Gesellschaftern geltend machen kann, so gilt das gleiche auch nach Eintritt der Liqu. im Verhältnis des nicht zum Liquidator bestellten Gesellschafters zu dem Liquidator, der nicht Gesellschafter ist. Die Rechte des nicht zum Liquidator bestellten Gesellschafters sind hiernach beschränkt auf die Selbstunterrichtung, Einsicht in die Bücher und Papiere der Ges., Selbstanfertigung einer Bilanz und Auskunftserteilung. Ist die Liqu. einmal beendet, so hat allerdings der letzte Liquidator den Gesellschaftern Rechnung zu legen. Ist die Liqu. noch nicht beendet, so hat der Liquidator von dem abgerufenen oder freiwillig zurückgetretenen Liquidator Abrechnung über seine Geschäftsführung zu verlangen. Erfüllt der neue Liquidator diese Verpflichtung nicht, so kann das nur dazu führen, daß die Gesellschafter ihn abberufen oder durch das Gericht abberufen lassen und je nach den Umständen auch Schadensersatz von ihm verlangen.

3. **RG.** 8. 6. 17, JW. 17, 904. Bei Forderungen, die in dem Verhältnis der Gesellschafter zueinander wurzeln, schließt das Klagerecht des Liquidators die Klage (Klage auf Feststellung und Rechnungslegung) des Gesellschafters nicht aus. — Zustimmend Hachenburg a. O. 904: „Daraus können in der Praxis eigenartige Ergebnisse erwachsen. Beide Klagen können selbständig in verschiedenen Gerichtsständen erhoben werden. Es sind widersprechende Urteile möglich; keines berührt das andere. Es gibt daher auch kein Recht auf Aussetzung."

4. Haftung des Liquidators für die einem Dritten über das Ergebnis erteilte Auskunft. a) Hamburg 19. 10. 15, OLG. 34, 63. Der Liquidator, der einem Dritten über das voraussichtliche Ergebnis der Liquidation und die dadurch bedingte Kreditwürdigkeit eines Mitinhabers der aufgelösten Ges. Auskunft erteilt, haftet dem Dritten in der Regel nicht vertraglich.

b) **RG.** 19. 9. 14, OLG. 34, 63 Anm. Verlangt der Kl. eine bestimmte Auskunft, auf die er sich unbedingt verlassen kann und für deren Richtigkeit der Bekl. insoweit einzustehen habe, daß er für jede Verabsäumung der erforderlichen Sorgfalt hafte, so ergibt sich aus der Annahme dieses Verlangens eine vertragl. Haftung, gleichviel ob der Annehmende eine solche Verpflichtung eingehen will, ob die Auskunft zu den Berufsgeschäften des Annehmenden gehört und ob dieser eine Vergütung erhält oder nicht.

§ 155.

1. Rechtsstellung des Zessionars des Auseinandersetzungsguthabens. Vgl. § 717 BGB.

2. Grundbuchumschreibung bei Übergang eines Grundstücks einer o. HG. auf eine andere aus den gleichen Teilhabern gebildete o. HG. oder Gesellschaft nach BGB. Zu vgl. 4 zu § 925 BGB.

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159.

1. Lehmann, GoldschmidtsZ. 79, 57 (vgl. auch Ziff. 1 zu § 128). Es fragt sich, ob sich der ausgeschiedene Gesellschafter nicht gemäß RG. 78, 279, soweit die Lieferungen erst nach seinem Ausscheiden erfolgt sind, auf die 2jährige Verjährung berufen kann. Das ist zu verneinen, denn nach § 159 Abs. 1 kann sich ein Gesellschafter auf eine kürzere Verjährung nur berufen, wenn auch die Ges. das vermöchte. Das gilt auch, wenn eine Zweimännergesellschaft durch das Ausscheiden eines Gesellschafters aufgelöst wird und der verbleibende Gesellschafter das Geschäft mit Werten und Schulden übernimmt; denn wenn auch hier nicht mehr an die Gesellschaft geliefert wird, so wirkt insoweit der Charakter der Schuld als einer gesellschaftlichen doch nach: die Ges. hätte sich bei ihrer Auflösung nicht auf die kürzere Frist berufen können (102).

2. Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters für Nachzahlungen auf nicht volleingezahlte, der o. HG. gehörende Namensaktien. Christoph, HansRZ. 1, 14. Die Nachzahlung kann von dem säumigen Aktionär durch Klage oder durch Kaduzierung gemäß § 219 HGB. erzwungen werden. Da die Verbindlichkeit für die Nachzahlung mit dem Erwerb der Aktien entstand, ist auch der ausscheidende Gesellschafter damit belastet; denn um eine in ihrer Entstehung bedingte Forderung handelt es sich nicht. Der Anspruch auf Nachzahlung gegen die Aktionärin d. h. die o. HG. wird fällig in dem Augenblick, in dem die AG. die Beträge einfordert, dieser Zeitpunkt steht aber völlig dahin, da besonders florierende AG. nicht leicht zur Einforderung der noch ausstehenden Beträge übergehen. Da aber nach § 159 die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit beginnt, wäre eine unabsehbare lange Haftung des Ausgeschiedenen die Folge. Um diese unhaltbare Folgerung zu verhüten, muß unter Zugrundelegung des in § 199 enthaltenen Gedankens dahin entschieden werden, daß die AG., die aus der Eintragung in das Handelsregister das Ausscheiden des Gesellschafters kennt und weiß, daß nach dem Gesetz Ansprüche gegen ihn in 5 Jahren verjähren, von dem Ausgeschiedenen Nachzahlungen nur mit einer Klage fordern kann, die innerhalb 5 Jahren nach Eintragung des Ausscheidens erhoben ist. Was die Kaduzierung anlangt, so kann die nach § 219 HGB. notwendige Aufforderung ebenso wie die Verlustigkeitserklärung nur gegen die o. HG. (als Aktionärin) gerichtet werden. Der ausgeschiedene Gesellschafter kommt weder hierfür noch für den Reihenregreß nach § 220 in Betracht; denn er ist niemals Vormann im Sinne des § 220 gewesen. Für die Anwendung des § 220 Abs. 2 ist demnach kein Raum. Dagegen muß gegen den Ausgeschiedenen § 219 Abs. 4 Platz greifen, d. h. er bleibt wegen des Ausfalls dann verhaftet, wenn innerhalb 5 Jahren nach seinem Ausscheiden die Einforderung der Nachzahlung gegen ihn erfolgt sein würde.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

§ 161.

KG. 4. 4. 17, SchlHolstAnz. 17, 164. Im Falle des Ausscheidens des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters einer KomGes. und gleichzeitigen Eintritts eines anderen persönlich haftenden Gesellschafters liegt nicht eine Fortsetzung der alten, sondern die Gründung einer neuen Ges. vor, so daß es zur Eintragung der Ges. im Grundbuch der Auflassung bedarf.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Schrifttum: a) Rudolf Fischer, Das Recht der AktGes. und der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts); b) H. Schreiber, Aktienrechtl. Zeitfragen, Wien 1916, behandelt den Genußschein, den Erwerb eigener Aktien und das Bezugsrecht neuer Aktien nach österr. Recht.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 179.

1. Hamburg 15. 2. 17, BauersZ. 24, 180, LeipzZ. 17, 1103, OLG. 34, 345, R. 17 Nr. 905, SeuffA. 72, 234. Aktien ohne Gewinnanteilschein. Dem Kl. steht für sein Verlangen, daß die bekl. AG. ihm zu den in seinem Besitz befindlichen, seinerzeit ohne Gewinnanteils- und Erneuerungsschein ausgegebenen Aktien diese Scheine liefere, ein Rechtsgrund nicht zur Seite. Weder Gesetz noch Satzung schreibt die Ausgabe dieser Scheine vor.

2. **RG.** 24. 5. 17, R. 17 Nr. 1712. Die Verpfändung von Aktienrechten ist schon vor der Ausgabe der Aktienurkunden rechtlich möglich. Ein Vertrag über die Verpfändung von Aktienrechten nach ihrer noch nicht erfolgten Verbriefung kann aber auch dahin zu verstehen sein, daß nicht schon die Verpfändung selbst vorgenommen sein soll, sondern ein Versprechen, in Zukunft ein Pfand zu bestellen, gemeint ist.

3. **RG.** 24. 5. 17, LeipzZ. 17, 1261, R. 17 Nr. 1713. Hat eine AG. auf Anweisung eines Aktionärs sich einem Dritten gegenüber verpflichtet, die für den Aktionär bestimmten Aktienurkunden nach ihrer Fertigstellung dem Dritten auszuhändigen, so ist sie, wenn es demnächst nicht zur Ausgabe der Urkunden kommt, und dem Dritten daraus ein Schaden erwächst, diesem zum Schadensersatz verpflichtet.

4. Hachenburg, Das Wesen der Genußscheine, LeipzZ. 17, 776. Überall ist im Genußschein ein selbständiger, von der Aktie unabhängiger Anspruch verbrieft, der im Gegensatz zum Recht aus der Aktie ein Recht auf den Fruchtbezug zum Gegenstand hat. Das Recht aus dem Genußschein ist, wie die in der Aktie verkörperte Mitgliedschaft, ein aktienrechtliches; daher bedarf der nur bei AG. und GmbH. vorkommende Genußschein der Aufnahme in den GesVertrag. Aus dieser Natur des Genußscheins folgt sein Verhältnis zur Aktie. Er steht neben ihr als selbständiges Recht. Es kann den Inhabern von den Aktionären nicht wieder genommen werden. Aber deshalb ist es doch nur ein Recht am Reingewinn einer AG., die unter der Verwaltung der Aktionäre und ihrer Organe steht. Die Inhaber der Genußscheine haben kein Recht, sich in die Geschäftsführung einzumischen. Sie haben in der Generalversammlung nichts zu suchen. Sie haben keinen Einfluß auf die Bilanz. Sie können die Genehmigung derselben nicht anfechten, auch wenn sie gegen Gesetz oder Statut verstößt. Nur soweit eine Verletzung der Rechte aus dem Genußschein vorliegt, kann dessen Inhaber sich dagegen wehren. Dieser Beschluß der Generalversammlung ist für ihn nicht wirksam; er kann verlangen, daß unter solchen Umständen ein Rechtsgeschäft der Ges. als für ihn nicht vorhanden angesehen wird. Die Klausel im Statut „soweit die GenVersamml. nicht anderweit beschließt" erfaßt auch die Genußscheine. Aber sie überläßt es jener nur, ob überhaupt ein Gewinn verteilt werden soll. Geschieht dies, so muß der Genußschein die ihm zugewiesene Quote erhalten. Der Erhöhung des Grundkapitals können die Inhaber der Genußscheine nicht widersprechen; sie können bei der Erhöhung des Grundkapitals auch nicht die Scheidung des Gewinns in einen solchen, der auf das ursprüngliche Kapital gefallen wäre und den auf das erhöhte Kapital begehren. Haben die Genußscheine einen Anspruch auch auf das Liquidationsergebnis, so darf ohne ihre Zustimmung der Reingewinn nicht zur Amortisation der eigenen Aktien verwandt werden. Ebenso darf die Einlösung der Genußscheine nicht dazu führen, die Dividende der Aktionäre zu erhöhen; die hierdurch frei werdenden Gewinnbeträge dürfen nicht zu einer Superdividende der Aktionäre dienen. Die Rechte der Genußscheine sind auch dem Willen der Gesellschaft entzogen. Sie unterliegen nicht den Beschüssen der GenVersamml. Diese können aber mittelbaren Einfluß auf die tatsächliche Gestaltung gewinnen, da die Genußscheininhaber die Bilanz annehmen müssen wie sie ist. Nur bei der Verwendung des Reingewinns beginnt ihr Recht. Wie sich die Rechte im einzelnen gestalten, ist aus dem Inhalt des Statuts zu entscheiden.

§ 180.

Heilbrunn, HoldheimsMSchr. 17, 81 spricht sich für Einführung der Kleinaktien aus.

§ 182.

1. **RG.** 13. 7. 16, BauersZ. 24, 39. Bei der Auslegung des GesVertrags ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäbl. Sinne des Ausdruckes zu haften. Zur Ermittlung dessen, was in Zweifelsfällen der GesVertrag gemeint hat, sind auch die Verhandlungen und Vorverhandlungen heranzuziehen, genau so wie bei sonstigen gerichtlichen oder notariellen Urkunden. Hierbei bietet sich die Möglichkeit, auch solche Erklärungen, die nicht im GesVertrag Aufnahme fanden, zu berücksichtigen. Auf diese Weise können mündliche Nebenabreden Bedeutung erlangen. In erster Linie gilt der Wortlaut des Vertrags. Ist dieser ganz klar und unzweideutig, so bleibt es dabei ganz gleich, daß eine Partei mündlich auch davon abweichende Erklärungen geäußert hat. Notwendig ist ferner, daß die wesentlichen Bestandteile einer Satzung im Vertrag selbst zum Ausdruck kommen. Vgl. BauersZ. 24, 61.

2. Die Wahl anderer an Stelle der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Blätter. BauersZ. 24, 82. Nach § 182 Abs. 3 kann nur der GesVertrag den Kreis der Bekanntmachungsmittel erweitern durch die Bestimmung neuer Blätter oder verengern dadurch, daß einer Zeitung die Eigenschaft eines GesBlattes entzogen wird. Das gleiche trifft zu, wenn es gilt, an Stelle eines eingegangenen Blattes ein anderes zu setzen oder wenn an die Stelle des eingegangenen kein anderes treten soll. Es ist unmöglich, den Aufsichtsrat mit der Regelung dieser Angelegenheit im GesVertrag zu beauftragen.

§ 186.

RG. 13. 7. 16, BauersZ. 24, 61. Verpflichtungen der AG. aus der Gründung bestehen nur, wenn sie im GesVertrag deutlichen Ausdruck gefunden haben. Vgl. oben 1 zu § 182.

§ 189.

1. Nübell, Aktienzeichnung und Aktienübernahme. Rechte hieraus; Anfechtung, ABürgR. 43, 104. Es ist im Gegensatz zu Lehmann anzunehmen, daß die Begriffe „Aktienzeichnung" und „Aktienübernahme" etwas Verschiedenes sind, und zwar ist die Zeichnung gegenüber der Übernahme ein Minus. Man kann die Aktienübernahme definieren als den Vorgang innerhalb des Hergangs der Gründung, durch den der Gründer seinen Anteil am Grundkapital aufbringt, indem er anerkennt, welchen Betrag seines Privatvermögens er aus diesem für GesZwecke ausscheiden muß und gleichzeitig den vom GesVertrag oder vom Gesetz auf jede Aktie erforderten Betrag aus seinem Vermögen tatsächlich ausscheidet und für GesZwecke hingibt. Dem gegenüber führt die Zeichnung noch nicht die Errichtung der AG. oder die Kapitalserhöhung herbei, sondern bereitet sie nur vor; die Zeichnungserklärung ist also eine (bei der Kapitalserhöhung an die AG., bei der Gründung an die Gründer gerichtete) Offerte. Ist durch deren Annahme seitens der Gründer der Zeichnungsvertrag zustande gekommen, so hat der Zeichner die Pflicht, sich in der im Zeichnungsschein niedergelegten Art und Höhe an der Gründung zu beteiligen, andererseits das Recht, zu verlangen, daß seine Beteiligung zugelassen wird. Ist für die Zahlung ein fester Termin im GesVertrag oder Zeichnungsschein bestimmt oder sonst bei Abschluß des Zeichnungsvertrags vereinbart, so muß die Zahlung bis zu diesem Termin erfolgen, widrigenfalls die Gründer ohne Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten können. Ist ein solcher Zahlungstermin nicht von vornherein vereinbart, so muß der Zeichner erst auf Erfordern Zahlung leisten. Kommt er hier in Zahlungsverzug, so können die Gründer nach Setzung einer Nachfrist zurücktreten; sie können aber auch unter Stehenbleiben beim Vertrag auf Zahlung klagen. Lehnen die Gründer, die eine Zeichnungserklärung angenommen haben, die Beteiligung des Zeichners ab, so haften sie dem Zeichner auf Grund des Zeichnungsvertrags auf Schadensersatz. Dies auch dann, wenn sie die Beteiligung ablehnten, weil der Zeichner nicht für die späteren Zahlungen sicher erschien; denn diesen Einwand braucht der Zeichner gegen sich nicht gelten zu lassen, nachdem die Gründer seine Offerte angenommen haben, es sei denn, daß er seine Zahlungsfähigkeit betrüglich vorgetäuscht hat. Aus dem Zeichnungsvertrag als solchem erwachsen für den Zeichner noch keine mitgliedschaftlichen Rechte. Anders liegt die Sache, wenn auf Grund des Zeichnungsvertrags die Beteiligung angenommen, also die Zahlung der ersten Rate entgegengenommen ist. Der Zeichner, dessen Beteiligung angenommen ist, hat nun aber nicht etwa ein klagbares Recht gegen den einzelnen Gründer oder die Gründergesamtheit auf Anberaumung einer Vorgründungsversammlung und Einladung hierzu oder auf Einreichung des Aktionärverzeichnisses oder Anberaumung der konstituierenden Versammlung. Ebensowenig hat der Zeichner nach erfolgter Beteiligung ein klagbares Recht auf Beseitigung der Eintragung der AG. Die Notwendigkeit eines solchen Rechts besteht schon wegen des § 189 Abs. 3 Ziff. 4 nicht. Was die Anfechtung einer Zeichnungserklärung anlangt, so können, solange der Zeichnungsvertrag nicht erfüllt ist, Zeichner wie Gründer sich auf Willensmängel jeder Art berufen. Die viel vertretene Ansicht, eine mit den Gründern verabredete Scheinzeichnung sei eine nach § 189 Abs. 2 unwirksame Nebenabrede,

ist falsch. Die vom RG. für die Unanfechtbarkeit jeder Zeichnung gegebene Begründung, daß die Zeichnung nicht bloß eine Erklärung gegenüber den Gründern, sondern auch gegenüber dem Verkehr und der Behörde sei, trifft nach der hier vertretenen Auffassung von der Zeichnung nicht zu. Aber auch für die Frage der Anfechtbarkeit der Zeichnung nach Erfüllung des Zeichnungsvertrags und der gleich gelagerten Frage der Anfechtbarkeit der Aktienübernahme durch die Gründer können die „nicht auf dem Boden des Rechts, sondern nur der Zweckmäßigkeit beruhenden Gründe" des RG. nicht ausschlaggebend sein; auch hier ist also die Anfechtbarkeit nach §§ 116ff. BGB. grundsätzlich zu bejahen. Die Möglichkeit jeder Anfechtung, wie überhaupt die Berufung auf Willensmängel erlischt aber mit dem Moment der Eintragung der AG. bzw. der erfolgten Erhöhung. Der getäuschte Zeichner hat natürlich einen Schadensersatzanspruch gegen den, der die unerlaubte Handlung begangen hat, gegen die AG. selbst hat er bei unerlaubter Handlung der Gründer keinen Schadensersatzanspruch; wohl aber ist ihm im Gegensatz zum RG. der Schadensersatzanspruch gegen die AG. dann zuzubilligen, wenn die unerlaubte Handlung von dem Vorstand der AG. ausging.

2. Anfechtung und Aktienzeichnung; Schadensersatz. **RG.** 4. 4. 16; 88, 187. Vgl. zu § 30 GmbHG.

§ 197.

Kein klagbares Recht der Zeichner gegen die Gründer auf Einberufung der Generalversammlung. Nübell, ABürgR. 43, 104 (133). Vgl. 1 zu § 189.

§ 198.

Keine Klage der Zeichner auf Beseitigung der Eintragung der Gesellschaft. Nübell, ABürgR. 43, 104 (134). Vgl. 1 zu § 189 HGB.

§ 201.

Zweigniederlassung. **RG.** 23. 3. 17, BauersZ. 24, 170, DNotV. 17, 451, LeipzZ. 17, 926, R. 17 Nr. 1129, WarnE. 17, 233, ZBlFG. 18, 131. Die AG. selbst entsteht allerdings erst mit der Eintragung am Hauptsitze. Die Zweigniederlassung dagegen besteht von dem Augenblick an, in dem die AG. an dem betreffenden Orte ein Geschäft betreibt. Die Eintragung ist zwar nach § 13 HGB. notwendig und kann nach § 14 erzwungen werden. Allein die Zweigniederlassung besteht nach ihrer Errichtung unabhängig von der Eintragung.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 213.

1. Anspruch des Aktionärs auf Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine Hamburg 15. 2. 17, vgl. Ziff. 1 zu § 179.

2. BauersZ. 24, 114 erörtert die rechtl. Natur des mitunter neben der Dividende an die Aktionäre verteilten Bonus.

3. Satzungsgemäße Befugnis des Aufsichtsrats zur Festsetzung der Abschreibungen und Rücklagen. Flechtheim, BankA. 16, 371. Vgl. III, 2 zu § 260.

§ 222.

BauersZ. 24, 131 über Führung des in § 222 für Namensaktien vorgeschriebenen Aktienbuches, Eintragung der Interimsscheine und Führung eines Buchs für Inhaberaktien.

§ 226.

Schrifttum: Schreiber, Aktienrechtl. Zeitfragen, Wien 1906 (behandelt den Erwerb eigener Aktien durch die AktGes. nach österreichischem Recht).

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231.

1. Recht des Vorstands auf Beschäftigung. BauersZ. 24, 73. Das dem Vorstande im Anstellungsvertrge zugestandene Recht, einen gewissen Umfang der Beschäftigung zu fordern, besteht durchaus zu Recht und widerspricht keineswegs der jederzeitigen Widerruflichkeit der Bestellung.

2. BauersZ. 24, 181. Die Fortgewährung des Gehaltes an ein Kriegsdienste leistendes Vorstandsmitglied oder einen Geschäftsführer ist als Schenkungsversprechen zu erachten und deshalb kann die Ges. bei Formlosigkeit des Versprechens die Weiterzahlung des Gehalts jederzeit einstellen.

3. Entlassung. BauersZ. 24, 91. Ist nach der Satzung gemäß § 182 Nr. 4 HGB der Aufsichtsrat zur Bestellung und demgemäß auch zur Entlassung der Vorstandsmitglieder befugt, so kann (bei Verhinderung des Aufsichtsrats) nicht etwa der Vorstand auf Grund seiner allgemeinen Vertretungsmacht einem Vorstandsmitglied kündigen.

4. Dresden 1. 3. 16, BauersZ. 24, 97. Die den Angestellten einer AG. auferlegte Schweigepflicht entbindet dieselben nicht von der Zeugnisablegung. Die Zeugnisverweigerung ist nach § 384 Nr. 3 ZPO. nur berechtigt, wenn es sich um ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis handelt.

§ 232.

I. KfmG. Berlin-Schöneberg 21. 7. 16, GewuKfmG. 22, 128. Eine Kündigung, die durch einen Direktor einer AG. allein ausgesprochen wird, kann, wenn die gesetzliche Vertretung der Ges. durch zwei Vertreter erfolgt, nach § 180 BGB. wirksam sein. Das Einverständnis desGekündigten kann sich aus dem konkludenten Verhalten ergeben.

II. Abs. 2. a) Vertragsabschluß durch Gesamtvertreter. Fuchs, ZBlFG. 17, 457, vgl. Ziff. 3 zu § 125.

b) BauersZ. 24, 110. Enthält der GesVertrag keine sich auf § 232 Abs. 2 stützende Anordnung, so ist es unstatthaft, eine GesVertretung durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen anzuordnen; auch der Aufsichtsrat kann das nicht einführen, ebensowenig ein einfacher GenVersammlBeschluß. § 238 HGB. steht dieser Ansicht nicht entgegen; der vom Vorstand nach § 238 eingesetzte Prokurist ist beim Mangel der Voraussetzung des § 232 Abs. 2 niemals berechtigt, die Ges. zusammen mit einem Vorstandsmitglied zu vertreten. Das Ergebnis ist allerdings wenig befriedigend; denn wenn der Vorstand einen Prokuristen mit Alleinvertretung oder zwei Prokuristen mit Gesamtvertretung bestellen will, braucht er mangels anderer Satzungsvorschrift nur das Einverständnis des Aufsichtsrats einzuholen. Diese zwei Prokuristen können dann z. B. ein Rechtsgeschäft vornehmen, das ein Vorstand und ein Prokurist wegen fehlender statutarischer Vorschrift nicht vornehmen können.

§ 235.

Bindung des Vorstandes an Weisungen des Aufsichtsrats. BauersZ. 24, 75. Ist der Vorstand nach der Satzung verpflichtet, zu einer Verwaltungsmaßnahme den Beschluß des Aufsichtsrats einzuholen, so kann er die Nichtbefolgung des vom Aufsichtsrat gefaßten Beschlusses nicht damit rechtfertigen, daß der Aufsichtsrat von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen sei und bei Kenntnis der wahren Sachlage anders entschieden hätte. Auch der Umstand, daß der Aufsichtsrat dem Vorstand seine Weisungen nur mündlich erteilt hat und nicht schriftlich, wie dies der GesVertrag anordnet, macht die Weisung nicht ohne weiteres für ihn unverbindlich.

§ 236.

BauersZ. 24, 165 erörtert die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn die AG. von dem Vorstand die unter Verletzung des § 236 HGB. gezogenen Vergütungen herausverlangt; weit vorteilhafter sei für die AG., das ihr zustehende Eintrittsrecht geltend zu machen.

§ 237.

1. Gewinnvortrag und Vorstandstantieme. a) Möller, GoldschmidtsZ. 79, 142. Dem Vorstand kann an allem, was er für die Aktionäre erarbeitet, ein Gewinnanteil verstattet werden. Dieser Gewinnanteil erstreckt sich dann naturgemäß auf den ganzen Gewinn, der den Aktionären zufällt, also auch auf den Gewinnvortrag, der keine Rücklage i. S. des Ges. darstellt. Als Gewinn ist aber nur der reine Geschäftsgewinn anzusehen. Wo den Aktionären kein Geschäftsgewinn zufällt, ist auch kein Raum für Tantieme. Das gilt z. B. für überflüssige Sicherungsfonds, die den Aktionären in Gestalt einer Extraausschüttung zugeführt werden. Diese Fonds sind nie Geschäftsgewinn gewesen. Ihre Verteilung stellt lediglich eine teilweise Liquidation des GesVermögens dar; auf Liquidationsgelder hat aber der Vorstand keinen Anspruch. Die Vorstandstantieme als eine Quote des Reingewinns ergreift die in ihm enthaltene Aufsichtstantieme pro rata und unterliegt der Berechnung „von Hundert", nicht „auf Hundert".

b) Cöln 28. 3. 17, BauersZ. 24, 147, JW. 17, 739. Als für die Berechnung der Vorstands- (und mit einer Abweichung der Aufsichtsrats-)Tantieme zugrunde zu legender Jahresgewinn ist der Reingewinn zu betrachten, der nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibt. Es kommt mithin für den Vorstand nur der Reingewinn in Betracht, den die Versamml. unter Wahrung und im Rahmen des § 237 zu verteilen beschlossen hat. Geht man hiervon aus, so ergibt sich, daß der Gewinnvortrag des alten Jahres im neuen Jahre für den Vorstand anteilpflichtig ist. Allerdings haben die Vorstandsmitglieder nur von dem bilanzmäßigen Reingewinn einen Anteil zu erhalten. Andererseits gebührt ihnen aber dieser Anteil von dem ganzen Reingewinn. Da nnu der vorjährige Gewinnvortrag Bestandteil des GesVermögens geblieben ist, so ist er im Reingewinn enthalten und es steht die Tantieme dem Vorstand auch von ihm zu. Wie der Verlustvortrag aus früheren Jahren den Reingewinn verringert, so vergrößert der Gewinnvortrag aus früheren Jahren ihn und somit den unter Zugrundelegung des Reingewinns zu berechnenden Gewinnanteil. Umgekehrt verhält es sich mit dem Gewinnvortrag für das nächste Jahr. Er gehört zu den in §§ 237, 241 genannten Rücklagen. — Hierzu Hachenburg, JW. 17, 739, der der Entscheidung des OLG. Cöln zwar mit Rücksicht auf die Fassung des Ges. beitritt, die entgegengesetzte Ansicht Essers (vgl. JDR. 15 § 237) aber für die sympathischere erklärt; die Bestimmung des § 237 sei weder wirtschaftl. noch rechtl. glücklich; sie habe einen Kampf zwischen Verwaltung und Generalversammlung zur Folge und treibe zu einer Ausschüttung des Gewinnes statt zu Reservenbildung. Daß der Gewinn, den der Vorstand erzielte und der für das nächste Jahr aufbewahrt wird, ihm nicht tantiemepflichtig sei, sei ein Unrecht. Scheidet der Vorstand aus dem Dienst oder hat die AG. im nächsten Jahr Verlust, so bekommt er nichts; man nimmt dem Arbeiter einen Teil seines Lohnes. Der von Esser gemachte Unterschied zwischen Gewinnvortrag und Rücklagen sei zwar an sich möglich, aber für den § 237 bestehe er nicht. —

2. Darf die AG. vor Berechnung der Vorstandstantieme den Betrag der Tantieme selbst vorweg abziehen? Darf sie bei Berechnung der Tantieme des Aufsichtsrats die des Vorstands vorweg in Abzug bringen? Cöln 28. 3. 17, BauersZ. 24, 147, JW. 17, 739. Nirgends ist es als Absicht des Gesetzgebers erkennbar, daß von dem Reingewinn, der nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibt, behufs Berechnung der Tantieme aus ihm noch ein Vorwegabzug der zur Verteilung zu bringenden Gewinnanteile selbst stattzufinden habe. Weder Rechtspr. noch Schrifttum (ausgenommen Walb, vgl. JDR. 15 § 237) ziehen auch nur in Zweifel, daß die Berechnung anders als so zu erfolgen habe, daß bei Berechnung des Gewinns, von welchem Vorstand und Aufsichtsrat ein Anteil zusteht, dieser erst zu berechnende Gewinnanteil nicht abzuziehen ist. Bei Berechnung der Gewinnanteile des Aufsichtsrats geht die herrschende Meinung davon aus, es seien Vorstands- und Aufsichtsratstantieme von demselben Reingewinn zu berechnen. Dem kann nicht beigetreten werden. Zunächst ist aus dem nach § 237 ermittelten Reingewinn die Vorstandstantieme zu ziehen. So-

bald die Hauptversammlung sie festgestellt hat, wird sie zu einer Verbindlichkeit der Ges. und es ist der Reingewinn um diesen Betrag gemindert. Erst aus diesem geminderten Betrag ist nunmehr die Aufsichtsratstantieme zu berechnen. — Hierzu Hachenburg, JW. 739: Bei den beiden behandelten Fragen handelt es sich nicht um begriffliche Auseinandersetzung, sondern um Vertragsauslegung. Was jeder Teil als selbstverständlich erwarten durfte, wenn der andere nichts Gegenteiliges sagte, darf er beanspruchen. Das führt bei den beiden Fällen in der Regel zu einer Verneinung der Kürzung. Wenn das OLG. in der zweiten Frage zur gegenteiligen Ansicht kommt und dabei mit dem Begriff der Schuld arbeitet, die durch den Beschluß der Versammlung entsteht, so ist das nicht richtig. Zuerst muß die Bilanz genehmigt sein. Dann erst wird der Reingewinn verteilt. Vgl. § 245 Ziff. 3.

3. Tantiemeanspruch eines Kriegsdienste leistenden Vorstandsmitgliedes, BauersZ. 24, 93. Die AG. hat dem seit Beginn des Krieges eingezogenen Vorstandsmitglied in den Jahren 1914 und 1915 neben seinem festen Gehalt die volle Tantieme, im Jahre 1916 dagegen nur den Gehalt ohne Tantieme gewährt. Der Abzug der Tantieme ist trotz des § 616 BGB. nicht berechtigt. Durch die sonstigen von der AG. dem Vorstand gewährten Zahlungen ist die Absicht ausgedrückt, dem Eingezogenen seine vollen Einkommensbezüge zukommen zu lassen. Es wäre ein unverständlicher Widerspruch, wenn ihm die Ges. das feste Gehalt regelmäßig zahlt, ihm aber nach Ablauf des Geschäftsjahres die Tantieme verweigert. Die Nichtauszahlung der Tantieme wäre nur dann berechtigt, wenn ihm vorher sei es zu Beginn des Krieges oder später seitens der Gesellschaft erklärt worden wäre, daß er nur noch das Gehalt ohne Tantieme bekomme. Der Tantiemeanspruch wird auch dadurch unterstützt, daß er bei jedem Urlaub im Geschäft tätig war und daß er, vom Aufsichtsrat mit Erfolg reklamiert, auch den Abschluß für 1916 fertig stellte.

4. Tantiemeanspruch bei Verminderung der tantiemepflichtigen Überschüsse infolge Betriebsänderung oder sonstiger Maßnahmen, BauersZ. 24, 163.

5. BauersZ. 24, 183. Die in Anstellungsverträgen häufig zu findende Vereinbarung, daß Mehrabschreibungen über einen gewissen Betrag tantiemepflichtig sein sollen, verstößt zwar nach ihrem Wortlaut gegen § 237. Doch hat die Ges. durch diese Bestimmung zu erkennen gegeben, daß ihr in Ansehung der schwankenden Bezüge die Dienste des Vorstandes so viel wert sind, als sich ergibt, wenn nur ein gewisser Reingewinnbetrag ausscheidet und daß der Vorstand eben so viel erhalten soll. Es wird deshalb die Ges. für verpflichtet erklärt werden müssen, dem Vorstand in Höhe des Tantiemeausfalls Ersatz aus den Betriebsmitteln des laufenden Geschäftsjahres zu gewähren.

6. Tantiemefreiheit der Talonsteuer. Naumburg 22. 1. 17, BauersZ. 24, 127. Von der Rückstellung für Talonsteuer darf Tantieme für Vorstand und Aufsichtsrat nicht berechnet werden; denn es handelt sich bei dieser Rückstellung um einen Betrag für eine von der Gesellschaft in absehbarer Zeit zu tilgende, bereits feststehende Schuld, die unter die Geschäftsunkosten zu rechnen ist.

7. Tantiemepflichtigkeit der Zuweisungen an Wohlfahrtsfonds. Naumburg 22. 1. 17, BauersZ. 24, 127, GenBl. 17, 366. Unter Reservefonds u. dgl. können nur Fonds verstanden werden, die als Vermögen der Ges. für spätere Zwecke erhalten zu werden bestimmt sind. Das ist bei Zuwendungen an Arbeiterpensionskassen und ähnliche Wohlfahrtsfonds nicht der Fall; vielmehr bilden diese Posten den Teil des Jahresreingewinns mit, der nach Vornahme der gesetzl. und statutarisch vorgesehenen Abschreibungen und Rücklagen zur Verwendung für bestimmte Zwecke durch die Ges. dienen soll.

8. BauersZ. 24, 20. Die Tantiemebeschränkungen der §§ 237, 245 gelten gemäß § 320 Abs. 3 auch für die persönlich haftenden Gesellschafter und den Aufsichtsrat einer KomG. auf Aktien. Allerdings bestimmt § 325 HGB. die Anwendbarkeit der §§ 237, 245 nicht ausdrücklich; es scheint aber, daß § 325 die Anwendbarkeit gewisser ausdrücklich

betonter Vorschriften nur besonders hervorhebt, während im übrigen die Anordnungen des 3. Abschnitts über die AG. ganz allgemein auf die AKomG. Anwendung finden.

9. BauersZ. 24, 19. Die Rückforderung einer ungerechtfertigt gewährten Tantieme verjährt, wenn die Tantieme auf Grund einer Bilanz gewährt wurde, deren Unrichtigkeit infolge grober oder leichter Pflichtverletzung der Empfänger zustande kam bzw. nicht rechtzeitig erkannt wurde, gemäß § 249 HGB., da es sich um einen Schadensersatzanspruch der Ges. handelt, in 5 Jahren. Beruht dagegen die Gewährung der Tantieme nicht auf einem Verschulden der Empfänger, dann verjährt die Rückforderung nach § 196 Nr. 8 BGB. in 2 Jahren. Die Ges. vermag hierbei den Rückforderungsanspruch nur auf einen Irrtum zu stützen. Diesen muß sie aber sofort nach Kenntnisnahme gegenüber den Tantiemebeziehern geltend machen, andernfalls dieser Einwand versagt, auch wenn die 2jährige Verjährungsfrist des § 196 BGB. noch nicht abgelaufen ist.

10. **RG.** 24. 10. 16; 89, 174, BankA. 16, 411, GruchotsBeitr. 61, 500. Die Tantiemesteuer (Tarif 29 und § 72 ff. RStempG.) ist dann nicht zu entrichten, wenn die Mitglieder des Aufsichtsrats auf ihre satzungsgemäßen Ansprüche wegen schlechten Geschäftsganges der AG. verzichtet haben.

11. Tantiemepflicht der Kriegssteuersonderrücklage (zu vgl. auch Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 4, 787). a) Krause, JW. 17, 9. Bei Verteilung des Reingewinns ist die Tantieme der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ohne Rücksicht auf die Sonderrücklage zu berechnen. — Der Aufsatz Krauses wendet sich weiter gegen die von Weisbart (vgl. zu b) vertretene Ansicht, daß von der Sonderrücklage Tantieme nicht erhoben werden dürfe, und deren Begründung.

b) Weisbart, JW. 17, 346 wendet sich gegen Krause (vgl. zu a). Er wiederholt seine in der deutschen Wirtschaftsführung 16, 547 gemachten Ausführungen, daß, wenn die Kriegssteuerrücklage als stille Reserve gebucht werde, d. h. als solche nicht erkennbar gemacht sei, keine Tantiemepflicht bestehe. Hiergegen wieder Krause, JW. 17, 346.

c) BauersZ. 24, 145 bejaht die Tantiemepflicht der Kriegsgewinnrücklage. — Vgl. auch Michaelis, GruchotsBeitr. 61, 410, unten Ziff. 6 zu § 262.

12. BauersZ. 24, 76 bespricht die preuß. Ausführungsbestimmungen vom 1. 12. 16 zum Kriegssteuergesetz § 20 über die Abzugsfähigkeit der Tantieme für Vorstandsmitglieder und Aufsichtsräte. Auffällig erscheine, daß die Tantiemen der Aufsichtsräte der AG. und GmbH., die von der Generalversammlung aus dem Reingewinn beschlossen werden, nicht absetzbar sein sollen, also von der Gesellschaft dafür Kriegssteuer bezahlt werden muß. Eine solche Anordnung sei weder rechtl. noch tatsächl. gerechtfertigt, denn ebenso wie die Tantiemen der Vorstände und Beamten unter die abzugsfähigen Geschäftsunkosten fallen, gelte dies auch für die Tantieme des Aufsichtsrats.

§ 241.

1. Einfluß einer Genehmigung der Generalversammlung auf die Haftung der Vorstandsmitglieder. Hamburg 16. 11. 16, LeipzZ. 17, 823. Während den GesGläubigern gegenüber die Organe der Ges. sich nicht darauf berufen können, daß sie nur einen GenVersammlBeschluß ausgeführt hätten, sind sie nach der zutreffenden Auslegung des § 241 HGB. der Ges. gegenüber in der Lage, diesen Einwand zu erheben; sie können sich unter Umständen sogar mit dem Beweis exkulpieren, daß die GenVers., falls sie befragt worden wäre, die Handlung genehmigt haben würde. Hier klagt nun zwar der Konkursverwalter, aber im Namen der Ges., da ein Fall des § 241 Abs. 3, der den GesGläubigern einen direkten Anspruch gegen den Vorstand einräumt, nicht vorliegt. Bei der formellen Natur des Aktienrechts kann aber das in Anspruch genommene Organ sich auf eine Genehmigung der Ges. nur berufen, wenn diese in der vorgeschriebenen Form erfolgt ist.

2. Verantwortlichkeit, wenn die Leitung der AG. bei einem Kollegium liegt. BauersZ. 24, 73. Der Einzelne wird nicht dadurch jeder Verantwortung ledig,

daß das Kollegium mit einfacher Stimmenmehrheit seine Beschlüsse faßt und sodann mit deren Ausführung den Abteilungsleiter beauftragt. Dieses darf sich übrigens nicht damit begnügen, daß es die Durchführung der getroffenen Anordnungen dem kaufm. oder technischen oder einem sonstigen Leiter der Ges. überläßt; es muß vielmehr in Angelegenheiten von einiger Bedeutung auch die Durchführung überwachen und sich in geeigneter Weise davon überzeugen, daß der Wille der Gesamtheit bzw. Mehrheit ordnungsgemäß vollstreckt werde. Ein Vorstandsmitglied, das einer schadenstiftenden Abstimmung nicht beiwohnen konnte, das also nicht in der Lage war, diesen Beschluß und seine Durchführung zu verhindern, haftet auch nicht. Geschah das Fernbleiben in der Absicht, die anderen Vorsteher etwas Gesetz- oder Statutenwidriges vollbringen zu lassen, so tritt seine Haftung natürlich ein; ebenso wenn er sich an der Ausführung des btr. Beschlusses beteiligt. Unter Umständen muß sich der Überstimmte oder der, der der Beschlußfassung ferngeblieben ist, sogar an den Aufsichtsrat wenden, wenn es gilt, die Ges. vor Schaden zu bewahren.

§ 243.

1. Notwendigkeit des Aufsichtsrats; Bedeutung eines Wegfalls des Aufsichtsrates. a) KG. 31. 3. 16, BauersZ. 24, 167, DNotV. 17, 453, KGJ. 49, 119, OLG. 34, 348, R. 17 Nr. 1305, RJA. 15, 124, ZBlFG. 18, 67. Ein Aufsichtsrat ist für die AG. notwendig; ohne dieses Organ kann eine AG. nicht gegründet werden; sie darf es auch nicht während ihres Bestehens abschaffen. Die Notwendigkeit des Aufsichtsrats ergibt sich daraus, daß das Gesetz das Bestehen eines solchen voraussetzt (§§ 195, 196, 207, 243, 279, 280, 284). Nimmt die GenVers. die Neuwahl des ganz weggefallenen oder nach seiner Anzahl nicht mehr handlungsfähigen Aufsichtsrats nicht vor, so stehen weder dem RegGericht noch dem Strafrichter Zwangsmaßregeln zu Gebote. Es kann nur der AG. die Rechtsfähigkeit wegen Gefährdung des Gemeinwohls nach §§ 43, 44 BGB., Art. 4 PrAG.-HGB. entzogen werden. Daß die AG. durch das Fehlen des Aufsichtsrats allgemein aktionsunfähig würde, ist nicht richtig. Die Unrichtigkeit einer solchen Annahme folgt aus § 315 HGB., wo die Möglichkeit des Nichtvorhandenseins eines Aufsichtsrats und zugleich die der Beseitigung dieses Zustandes durch die GenVers. anerkannt ist. Was für die Gen.-Vers. gilt, muß ebenso für den Vorstand und die Liquidatoren gelten. Daß die Überwachung dieser Organe durch den Aufsichtsrat fehlt, macht ihre Handlungen nicht unwirksam. Ein Wechsel der Vorstandsmitglieder oder der Liquidatoren ist vom Gesetz nicht an die Mitwirkung des Aufsichtsrats geknüpft; er kann daher durch das berufene Organ (die Generalversammlung) auch beim zeitweiligen Fehlen des Aufsichtsrats vorgenommen werden.

b) BauersZ. 24, 165 zählt die Maßnahmen auf, die bei einem beschlußunfähigen oder fehlenden Aufsichtsrat in der AG. nicht vorgenommen werden können.

2. BauersZ. 24, 185. Eine Satzungsbestimmung, die vorschreibt: „Es hat eine Neuwahl des gesamten Aufsichtsrats stattzufinden, sobald diese von $^2/_3$ seiner Mitglieder beschlossen wird“ ist wegen Verstoßes gegen § 243 Abs. 4, wonach der Widerruf eines Aufsichtsratsmitgliedes nur durch die GenVers. erfolgen kann, ungültig.

3. BauersZ. 24, 185. Aufsichtsratsmitglieder, deren Amtszeit abgelaufen ist, können unter Umständen, z. B. weil infolge des Kriegs die Neuwahl eines Aufsichtsrats durch die Generalversammlung auf Schwierigkeiten stößt, gemäß § 677 BGB. ihre Tätigkeit als Geschäftsführer ohne Auftrag fortsetzen.

4. Obermeyer, Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen in Form von AG., LeipzZ. 17, 945. Immer häufiger pflegen öffentl.-rechtl. Körperschaften (Staat, Gemeinde) sich mit dem Privatkapital zur Erreichung gemeinsamer wirtschaftl. Ziele zu verbinden. Das Verhältnis ist klar, wenn die öffentl.-rechtl. Körperschaft die Mehrheit der Aktien (oder der Geschäftsanteile) besitzt. Bei den GmbH. können gemäß § 52 GmbHG. im Statut Bestimmungen getroffen werden, die die Anwendung des § 243 Abs. 1, 2 und 4 HGB. ausschließen und der öffentl. Körperschaft Sitz und Stimme im Aufsichtsrat

nach freier Vertragswillkür, unabhängig von der Wahl der Versammlung sichern. Anders bei der AG. Ein Vertrag zwischen der öffentl. Körperschaft und anderen Aktionären, durch den ersterer ein oder mehrere Sitze im Aufsichtsrat zugesichert werden, ist in seiner Gültigkeit höchst fraglich. Es empfiehlt sich deshalb eine Änderung des Gesetzes durch Einfügung einer neuen solche Verträge gestattenden Bestimmung.

5. BayerZ. 24, 78 behandelt de lege ferenda das Recht der Minderheit auf Vertretung im Aufsichtsrate.

6. Stellvertreter von Aufsichtsratsmitgliedern und ihre Stellung. Bondi, LeipzZ. 17, 1153. Es ist unbedenklich zulässig, Personen als Stellvertreter behinderter Aufsichtsratsmitglieder zu wählen. Der Stellvertreter ist Aufsichtsratsmitgl. schlechthin, nur mit der Beschränkung, daß er bloß bei Verhinderung eines der ordentlichen Mitglieder tätig werden soll, jedoch mit der Maßgabe, daß ein Dritter (auch das Gericht) nicht befugt ist, zu untersuchen, ob der Verhinderungsfall wirklich vorlag. Ebenso ist es nach § 36 GenG. bei der Genossenschaft. Noch einfacher bei der GmbH., weil nach § 52 GmbHG. die Bestellung eines Aufsichtsrats vom Belieben der Gesellschaft abhängt.

7. Bondi, LeipzZ. 17, 1153 (1156). Es ist nirgends vorgeschrieben, daß die Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes den Gewählten genau mit dem Namen bezeichnen muß, vielmehr genügt es, wenn die Persönlichkeit des Gewählten in anderer Weise mit Sicherheit festzustellen ist. Das gleiche gilt, wenn im Augenblick der GenVers. die Persönlichkeit des Gewählten noch nicht sofort festgestellt werden kann, aber bestimmt angenommen werden darf, daß die Persönlichkeit binnen kurzer Frist feststehen wird. Also kann z. B. in einer AG., wo bisher eine Stadtgemeinde im Aufsichtsrat ständig durch den Bürgermeister vertreten war, bei dessen Ableben „der noch zu ernennende Amtsnachfolger des Verstorbenen" gewählt werden.

§ 245.

1. Tantieme des Aufsichtsrats. Vgl. oben zu § 237.

2. Abfindung eines Aufsichtsrats dafür, daß er vorzeitig ausscheidet. BayerZ. 24, 129. Es ist zulässig, einem Aufsichtsratsmitgl. (das z. B. mit den übrigen Mitgliedern nicht harmoniert) eine Entschädigung oder Fortbezug der bisherigen Tantieme für die noch laufende Dienstzeit für den Fall zu versprechen, daß es sein Amt vorzeitig niederlegt. Zuständig für dieses Versprechen ist nicht immer der Aufsichtsrat. Dieser vermag dem Ausscheidenden zwar rechtswirksam den Fortbezug seiner bisherigen Tantieme zuzusichern, wenn nach dem GesVertrag er als Organ eine Tantieme bezieht, die er unter seine Mitglieder verteilen kann. Handelt es sich aber um eine Entschädigung aus GesMitteln, dann ist die Verpflichtung der Ges. nur durch den Vorstand möglich.

3. BayerZ. 24, 164 verneint die Frage, ob dem Aufsichtsrat gegenüber der vom Vorstand bezogene Gewinnanteil tantiemefrei sei. Vgl. § 237 Ziff. 2.

§ 246.

1. Einsicht der Aufsichtsratsprotokolle und Abschriften hieraus. BayerZ. 24, 199. Abschriften aus dem Protokollbuch brauchen den nicht erschienenen Aufsichtsratsmitgliedern nur dann gewährt zu werden, wenn es die Satzung bestimmt oder der Aufsichtsrat es beschlossen hat. Doch kann jedes Aufsichtsratsmitglied sich selbst Abschriften machen. Eine Aushändigung des Protokollbuches zur Mitnahme in die eigene Behausung kann abgelehnt werden. Das Einsichtsrecht des Mitglieds erstreckt sich auch auf die vor seinem Eintritt gefaßten Beschlüsse. Einsicht und Abschriftnahme durch der Verwaltung nicht angehörende Personen darf verweigert werden.

2. BayerZ. 24, 198. Über die Rechtswirksamkeit der statutarischen Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Vornahme von Minderbewertungen, Abschreibungen und Rückstellungen herrscht Streit. Während einige Schriftsteller aus § 213 HGB. die Zulässigkeit folgern, hält sie die Mehrheit gemäß § 260 für unzulässig. Der letzteren Ansicht ist beizutreten. Vgl. hierzu Flechtheim, BankA. 16, 371, vgl. unten § 260.

3. **RG.** 18. 5. 17, LeipzZ. 17, 1126. Wenn § 246 Abs. 4 bestimmt, daß die Mitgl. des Aufsichtsrats die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht anderen übertragen können, so bezieht sich das ganz besonders auch auf Beratungen und Abstimmungen. Die Mitwirkung zur Willensbildung des Kollegiums ist ein höchstpersönl. Geschäft; gerade hier kann rechtswirksam keine Stellvertretung stattfinden. Im vorliegenden Fall ermächtigte Aufsichtsrat H. den Aufsichtsrat W. an seiner Stelle abzustimmen, so wie es ihm, dem W., belieben würde. Das ist unzulässig. Vgl. unten Ziff. 8.

4. Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats wegen mangelnder Überwachung einer Wohlfahrtskasse. BauersZ. 24, 149.

5. Form der Beschlußfassungen des Aufsichtsrats. BauersZ. 24, 128. Da das Ges. nichts vorschreibt, bleibt es dem Aufsichtsrat überlassen, wie er seine Entschließungen zustande bringt. Sind alle Mitgl. damit einverstanden, sich über einen Antrag ohne Zusammentreten zu einer Beratung zu äußern, so genügt das. Doch müssen alle Mitgl. mit einer derartigen Behandlung einverstanden sein; widerspricht eines dieser durch die Satzung nicht anerkannten Abstimmung, dann ist es nicht möglich, einen gültigen Beschluß beratungslos herbeizuführen. Beteiligt sich ein Mitglied an der briefl., telefon. oder telegraph. Abstimmung, so verzichtet es damit stillschweigend auf eine vorhergehende mündliche Durchberatung.

6. Recht zur Entlassung von Vorstandsmitgliedern. Vgl. Ziff. 3 zu § 231 HGB.

7. BauersZ. 24, 94. Das einzelne Aufsichtsratsmitgl. ist nicht berechtigt, nachträglich seine Abstimmungserklärung zu widerrufen. Die Verantwortlichkeit des einzelnen vermindert sich dadurch nicht. Das richtige Verfahren besteht vielmehr darin, daß er beim Vors. beantragt, die Angelegenheit nochmals zur Beratung und Abstimmung zu bringen. Ein Vorstand, der verpflichtet ist, den Weisungen des Aufsichtsrates Folge zu leisten, darf nachträgliche Meinungsänderungen einzelner Aufsichtsratsmitglieder nicht so berücksichtigen, daß der Beschluß nunmehr für ihn bedeutungslos oder weniger wirksam geworden sei; der Beschluß bleibt für ihn bis zur Fassung eines neuen abändernden Beschlusses bindend.

8. BauersZ. 24, 38. Wenn der Aufsichtsrat die ihm obliegende Prüfung der Jahresrechnungen und der Bilanz durch einen Bücherrevisor vornehmen läßt, was trotz des in § 246 Abs. 4 enthaltenen Verbots der Übertragung seiner Obliegenheiten auf Dritte zulässig ist, dann sind die Kosten für die Bezahlung der vom Aufsichtsrat hinzugezogenen Hilfskräfte von der AG. zu tragen.

9. Recht des Aufsichtsratsvorsitzenden zur Ankündigung von Beratungsgegenständen für die GenVers.? BauersZ. 24, 77. Der Vorsitzende hat nicht das Recht aus eigener Machtvollkommenheit Anträge auf die Tagesordnung zu setzen. Abgesehen von den Minderheitsrechten der Aktionäre gebührt die Ankündigungsbefugnis nur dem, dem das Gesetz das Recht zur Berufung der GenVers. verleiht. Das ist nach § 246 Abs. 2 der Aufsichtsrat als solcher, nicht aber der Vorsitzende des Aufsichtsrats. Auf eine Ankündigung des Vorsitzenden allein gefaßte Beschlüsse der GenVers. sind deshalb anfechtbar. Daß der Vorsitzende noch vor der GenVers. die einzelnen Aufsichtsratsmitgl. von den durch ihn allein getroffenen Maßnahmen verständigt und die Genehmigung jedes einzelnen zur Ankündigung des Antrags erlangt hat, ändert an der Rechtslage nichts; denn abgesehen davon, daß diese nachträgliche Genehmigung keinerlei Kundmachung nach außen gefunden hat, ist es immerhin zweifelhaft, ob dieser nachträglichen Zustimmung rückwirkende Kraft beizumessen ist. Zum mindesten hätte die Einwilligung aller Mitglieder zwei Wochen vor dem Tage der GenVers. bekannt gegeben werden müssen. — Eine besondere Kundmachung der nachträglichen Zustimmung ist wohl nicht erforderlich und auch die rückwirkende Kraft der Zustimmung wohl nicht zu bezweifeln. Die Schriftleitung. —

10. Verhältnis des Aufsichtsrats zur GenVers. BauersZ. 24, 149. Wenn auch der Aufsichtsrat der GenVers. als dem höchsten Willensorgan der Ges. untersteht, so ist doch die Macht der GenVers. im Gebieten und Verbieten da ausgeschlossen, wo der

GesVertrag den Aufsichtsrat für zuständig erklärt. Von der GenVers. auf diesem Gebiete gefaßte Beschlüsse sind für den Aufsichtsrat nicht maßgebend.

§ 247.

BauersZ. 24, 74. Die in § 247 dem Aufsichtsrat gegebene Befugnis zur Vertretung der Ges. bei Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern ist dann nicht notwendig, wenn neben dem im einzelnen Falle von der Vertretung nach § 181 BGB. ausgeschlossenen Vorstandsmitgl. genug vertretungsfähige Vorsteher vorhanden sind. Es kann zwar auch in solchen Fällen der Aufsichtsrat die Ges. bei der Eingehung von Rechtsgeschäften mit einem Vorsteher vertreten. Notwendig erscheint das aber nicht, ausgenommen, der GesVertrag würde dies besonders anordnen. Das Gesetz selbst, das nur von einer Vertretungsbefugnis, nicht von einer Vertretungspflicht spricht, läßt das deutlich erkennen.

§ 249.

1. BauersZ. 24, 56 erörtert die Frage, wo der Aufsichtsrat seine Sitzungen abzuhalten hat.

2. BauersZ. 24, 55. Um kostspielige und überflüssige Sitzungen des Aufsichtsrats hintanzuhalten, ist der Vorstand berechtigt, die Zahlung der den Aufsichtsratsmitgliedern für solche Sitzungen erwachsenen Auslagen abzulehnen. Der Aufsichtsrat kann diese Verfügung des Vorstands nicht dadurch hinfällig machen, daß er einen Auszahlungsbeschluß faßt. Der Vorstand braucht einem solchen Beschluß nicht Folge zu leisten.

3. BauersZ. 24, 59 erörtert die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder, die bei Ausübung ihrer Tätigkeit ihnen bekannt gewordenen Verhältnisse der Ges. geheimzuhalten. Ein Schadensersatzanspruch der Ges. wegen Nichtgeheimhaltung soll nur dann begründet sein, wenn in dem GesVertrag den Aufsichtsratsmitgliedern die Pflicht zur Geheimhaltung ausdrücklich auferlegt ist oder wenn das einzelne Aufsichtsratsmitgl. sich dem Vorstand gegenüber zur Geheimhaltung verpflichtet hat. Auch eine Klage auf Unterlassung ist in diesen Fällen gegeben.

4. Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder? BauersZ. 24, 57. § 236 HGB., der die Mitglieder des Vorstandes zur Konkurrenzenthaltung verpflichtet, findet auf den Aufsichtsrat keine Anwendung. Doch kann die AG. im Statut den Aufsichtsratsmitgl. jede Konkurrenztätigkeit untersagen. Ohne ein solches Verbot verstößt die Konkurrenztätigkeit der Aufsichtsratsmitgl. weder gegen § 823 noch gegen § 826 BGB.

§ 250.

1. Zuständigkeitsverhältnis zwischen Generalversammlung und Aufsichtsrat. BauersZ. 24, 150. Vgl. Ziff. 10 zu § 246.

2. Auskunftsrecht der Aktionäre. (Vgl. unten § 264.) Rosendorff, Stille Reserven 59ff. (vgl. 1 zu § 262) bespricht das Auskunftsrecht des Einzelaktionärs unter Zugrundelegung des von der bisherigen Rechtspr. des RG. abweichenden Urteils **RG.** 82, 182 und kommt dabei zu folgendem Ergebnis: „Die der Verwaltung nach obiger Entsch. als Rechtspflicht obliegende Auskunftspflicht wird man nur dann als erfüllt ansehen können, wenn die diesbezügl. Vorlagen ordnungsmäßig sind. Sind die Vorlagen ordnungswidrig und das sind sie zweifellos, wenn in der Bilanz ohne statutarische Erlaubnis oder ohne daß dies sonstwie aus den Vorlagen oder Vorträgen der Verwaltung hervorgeht, stille Reserven vorhanden sind, so hat die Verwaltung ihre Pflicht zur Rechnungslegung verletzt. Würde also in einem solchen Falle die Majorität die entsprechenden Fragen des Aktionärs ablehnen, so enthielte dieser Beschluß eine Rechtsverletzung, wäre also anfechtbar. Ebensowenig darf der Vors. oder die GenVers. etwa Fragen des Aktionärs darüber, ob die Bilanz stille Reserven enthält, dadurch abschneiden, daß man einem solchen Aktionär das Recht an der Debatte verkürzt (vgl. JDR. 15 § 250 Ziff. 4, 5). Vgl. auch die folgende Nr. 3.

3. Heinitz, DJZ. 17, 196 (vgl. auch BauersZ. 24, 111). Die Rechte des Vors., der Mehrheit und des einzelnen Aktionärs in der GenVers.

a) Die Grundsätze über die Auskunftspflicht der Verwaltung und das Fragerecht des einzelnen Aktionärs sind RG. 82, 182 zusammengestellt. Der Vors. braucht nicht die Versammlung darüber zu befragen, ob sie die Beantwortung der Frage wünsche oder nicht, er kann es vielmehr dem anfragenden Aktionär überlassen, ob dieser einen Beschluß der GenVers. herbeiführen will. Pinner, JW. 16, 990 wendet sich gegen die weitere Auffassung des RG., daß der Aktionär sich bei dem Mehrheitsbeschlusse der Versammlung zu bescheiden habe. Liegt allerdings in dem Beschlusse der Mehrheit, die beantragte Frage nicht zu stellen, ein Mißbrauch ihrer Rechte oder ein Verstoß gegen die guten Sitten, so wird die Anfechtung des Beschlusses in der gleichen Weise möglich sein, wie eine Anfechtung der nach Verweigerung einer verlangten Auskunft durch den Vors. von der GenVers. gefaßten sachlichen Beschlüsse. In beiden Fällen hat das mit der Anfechtungsklage befaßte Gericht zu prüfen, ob die Beantwortung der Fragen ohne Verletzung der Interessen der Ges. nicht nur möglich, sondern auch geboten war. b) Der Schluß der Erörterung seitens des Vors. darf erst erfolgen, wenn weitere Wortmeldungen nicht vorliegen. Wird ein Antrag auf Schluß der Debatte gestellt, so ist dieser Antrag zunächst zur Abstimmung zu bringen. Eine vorherige Erörterung des Antrags auf Schluß der Debatte ist zuzulassen, wenn auch nur in der Weise, daß je ein Redner für und gegen den Antrag spricht. Die Möglichkeit, einen Beschluß der GenVers. anzufechten, weil die Mehrheit den Schluß der Debatte angenommen habe, ist nicht unbedingt ausgeschlossen; denn die Grenzen der Diskussion dürfen nach RG. 36, 24 nicht so eng gezogen werden, daß dadurch eine sachgemäße Erörterung unmöglich gemacht wird. c) Die Frage, ob der Vorsitzende einem Redner das Wort entziehen darf, ist bestritten, aber zu verneinen. Will der Vors. die Wortentziehung anregen, muß er einen Beschluß der Versammlung herbeiführen. Der Aktionär kann die nach der Wortentziehung gefaßten Beschlüsse anfechten, wenn der Wortentzug ohne rechtfertigenden sachlichen Grund erfolgt. d) Der vollständige Ausschluß eines Aktionärs von der Versammlung muß für die Mitglieder der Versammlung möglich sein; aber die Anwendung dieses Mittels erscheint nur dann zulässig, wenn auf andere Weise die ordnungsmäßige Förderung der Verhandlungen nicht zu erreichen ist, insbesondere nicht durch Ermahnung oder Wortentziehung. In jedem Fall ist aber der Vors. nur auf Grund Beschlusses der Versammlung zur Ausweisung eines Aktionärs befugt und der Ausgewiesene ist berechtigt, die nach seiner Entfernung gefaßten Beschlüsse nach § 271 HGB. anzufechten, wenn der Ausschluß ohne zwingenden Grund erfolgte.

§ 252.

BauersZ. 24, 182. Die Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer einer GmbH. sowie die Aufsichtsratsmitglieder dürfen bei der Beschlußfassung über die Berechnung der Tantieme mitstimmen.

§ 253.

1. Zeitpunkt der Generalversammlung, BauersZ. 24, 40. Die Beschlüsse einer zu ungeeigneter Zeit abgehaltenen Versammlung können aus diesem Grunde angefochten werden.

2. BauersZ. 24, 38. Erfolgt die Einberufung der GenVers. durch einen abberufenen Vorstand, so hat dies die Nichtigkeit der Einberufung zur Folge und zwar auch dann, wenn die Entlassung des Vorstands zu Unrecht erfolgt ist, da nach § 231 Abs. 3 auch die grundlose Abberufung den Vorstandsauftrag zum Erlöschen bringt.

§ 255.

BauersZ. 24, 153. Die Aktienhinterlegung zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechtes kann auch bei einem ausländischen Notar erfolgen.

§ 256.

1. Beschlußfassung über einen nicht angekündigten Gegenstand. **RG.** 7. 2. 17, LeipzZ. 17, 658 und **RG.** 3. 2. 17, LeipzZ. 17, 659. Vgl. § 51 GmbHG.

2. Ankündigung bei Notwendigkeit gesonderter Abstimmung, vgl. **RG.** 26. 6. 17, unten Ziff. 2 zu § 275.

§ 259.

1. Eintragung der Generalversammlungsbeschlüsse. KG. 1. 12. 16, BauersZ. 24, 186, OLG. 34, 348. Der RegRichter darf wegen eines Mangels, der einen GVBeschluß nicht nichtig, sondern nur anfechtbar macht, die Eintragung nach fruchtlosem Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr ablehnen. Läuft die Frist noch, so hat er zwar weder das Recht noch die Pflicht, derartigen Mängeln nachzuspüren und seine Ermittlungen auf Vorgänge auszudehnen, die der Vorstand ihm nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift offen zu legen braucht. Kommt aber ein die Anfechtbarkeit begründender Mangel durch die Anmeldung selbst zur Kenntnis des Gerichts, so hängt es von den Umständen des Falls ab, ob dem Eintragungsantrag stattzugeben ist oder nicht. Hat in der GenVers. ein Genosse Widerspruch erhoben und ist also die Anfechtung zu erwarten, so wird das Gericht die Eintragung nicht vor Ablauf der Frist vornehmen und im Falle der Anfechtung das Verfahren nach § 127 FGG. aussetzen müssen, falls es nicht auf Grund eigener Prüfung nun ohne weiteres zur Ablehnung kommt.

2. Inhalt des Protokolls. BauersZ. 24, 49. Vgl. Ziff. 1 zu § 47 GmbHG.

§ 260.

Bilanzgenehmigung; Gewinnverteilung nnd Entlastung, Gewinn- und Verlustrechnung.

I. Entlastung.

1. **RG.** 6. 2. 17; 89, 396, BankA. 16, 429, BauersZ. 24, 146, GenBl. 17, 280, JW. 17, 657, LeipzZ. 17, 536, R. 17 Nr. 462. Einer Verwaltung, die durch Vorlegung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung, sowie durch Abgabe der sonst etwa erforderten Erklärungen eine, soweit zu ersehen, einwandfreie Geschäftsführung nachgewiesen hat, darf die Entlastung nicht aus Willkür verweigert werden. Vielmehr steht in solchen Fällen den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern die Klage auf Entlastung zu, die nicht gegen die GenVers., sondern gegen die AG. selbst zu richten ist. Vgl. Ziff. 3.

2. Wirkung eines Urteils auf Entlastung. **RG.** 6. 2. 17; 89, 396, BankA. 16, 429, BauersZ. 24, 146, GenBl. 17, 280, LeipzZ. 17, 536, R. 17 Nr. 463. Bei der durch die GenVers. vorgenommenen Entlastung beschränkt sich die Tragweite der Entlastungserklärung auf das, was der GenVers. in erkennbarer Weise unterbreitet wurde; denn diese ist nicht imstande, die Geschäftsführung einer selbständigen Nachprüfung zu unterziehen. Wird dagegen auf die Klage der Vorstandsmitglieder diesen durch Urteil für eine bestimmte Geschäftsführungszeit die Entlastung ausgesprochen, so heißt das, daß der Gesellschaft aus Anlaß jener Geschäftsführung Schadensersatzansprüche gegen die Kl. schlechthin nicht zustehen. Das Urteil hat daher die gleiche Bedeutung wie die Zusprechung einer negativen Feststellungsklage. Vgl. **RG.** 2. 2. 17, R. 17 Nr. 477 bei § 48 GenG. — Gegen diese Ausdehnung der Wirkung des Urteils im Gegensatz zu der freiwillig erteilten Entlastung Breit, JW. 17, 657. Auch BauersZ. 24, 197 wendet sich gegen diese Entscheidung.

3. **RG.** 6. 2. 17; 89, 396, JW. 17, 657, LeipzZ. 17, 536. Im Prozeß über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat trifft die volle Behauptungs- und Beweislast grundsätzlich die verklagte AG. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Verwaltungsorgane in der GenVers., die ihre Entlastung verweigerte, ihre Rechenschaftspflicht nicht erfüllt haben.

II. Gewinn- und Verlustrechnung.

Hamburg 17. 11. 16, LeipzZ. 17, 939, R. 17 Nr. 456. In der Gewinn- und Verlustrechnung braucht der Betrag der Abschreibungen nicht enthalten zu sein. Das Ges. hat es mit gutem Grunde vermieden, bestimmte Vorschriften über die Spezialisierung der Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen, denn die Angabe von Einzelheiten

kann wegen der gesetzlich erforderlichen Offenlegung der Rechnung mit Rücksicht auf die Konkurrenz zu weittragenden Folgen führen.

III. Abschreibungen: satzungsmäßige Befugnis des Aufsichtsrats zur Festsetzung von Abschreibungen und Rücklagen. Vgl. § 271 I, 1.

1. Rosendorff, Stille Reserven (vgl. § 262). Dem Aufsichtsrat kann die Bestimmung und die Höhe der Abschreibungen auch nicht durch das Statut überlassen werden. — Zustimmend Pinner, JW. 17, 521. Ebenso BauersZ. 24, 198 (vgl. oben Ziff. 2 zu § 246).

2. Flechtheim, BankA. 16, 371. Ob eine Bestimmung des Statuts, die dem Aufsichtsrat das Recht überträgt, die Abschreibungen, Minderbewertungen und etwaige, den gesetzl. Reservefonds nicht betreffende Rücklagen unter Ausschaltung der GenVers. mit bindender Wirkung festzusetzen (wie sie Esser in seinem Normalstatut empfiehlt) gültig ist, ist bestritten. Für Ungültigkeit Staub § 260 A 1, § 262 Anm. 34; dagegen für Gültigkeit Simon, Bilanzen 239 und Rehm, Bilanzen 288. Rosendorff, Die stillen Reserven der AG. schließt sich an Staub an und hält darüber hinaus jeden auf eine solchen Satzungsbestimmung begründeten Bilanzfestsetzungsbeschluß nicht bloß für anfechtbar, sondern für absolut nichtig, so daß er weder durch Genehmigung noch durch Verzicht wirksam werden kann. Die Nichtigkeitsklage könne von jedem Aktionär ohne Rücksicht auf die Höhe seines Aktienbesitzes und ohne Rücksicht darauf, ob er in der GenVers. anwesend war und dort Widerspruch erhob, angestrengt werden und ihr Erfolg sei nicht davon abhängig, ob tatsächlich eine böswillige oder willkürliche Unterbewertung vorliegt. Der Streit ist im wesentlichen ein Streit um das Verhältnis des § 213 zu § 260 HGB. Da es nun nach § 213 zulässig ist, daß die Satzung dem Aktionär das Recht auf Ausschüttung des Reingewinns vollständig nimmt, ist nicht abzusehen, warum nicht auch die Satzung die Entscheidung über den Reingewinn einem anderen Organ soll übertragen können. Die Essersche Klausel hat eine doppelte Wirkung: Bindung der Generalversammlung an die Festsetzung des Aufsichtsrats und Ausschluß des Anfechtungsrechtes des Einzelaktionärs. Dagegen kann sie die zwingenden Vorschriften des § 261 nicht außer Kraft setzen. Sie deckt nur Abschreibungen, die der Aufsichtsrat über das gesetzl. erforderliche Maß hinaus bestimmt. Sollte der vom Aufsichtsrat festgesetzte Bilanzwert den nach § 261 zulässigen Höchstwert übersteigen, so hat die GenVers. das Recht und die Pflicht der Berichtigung.

3. Gegen Flechtheim wendet sich Pinner, LeipzZ. 17, 1207. Eine Satzungsbestimmung des fragl. Inhalts ist, falls sie überhaupt gültig ist, jedenfalls unwirksam gegenüber einer Dreiviertelsmehrheit, die jederzeit nach ihrer Wahl das Statut ändern oder den Aufsichtsrat absetzen und so die Festsetzung der Rücklagen nach ihrem Ermessen vornehmen kann; sie ist weiter unwirksam gegenüber der einfachen Mehrheit, die die Bilanzgenehmigung verweigern kann. Wirksam könnte sie also nur sein, falls die Mehrheit die Bilanz beschließt, da in diesem Falle die Anfechtungsmöglichkeit ausgeschlossen wäre. Nach dem Wortlaut des in erster Linie maßgebenden § 260, wonach die GenVers. über die Genehmigung der Bilanz beschließt, kann es an sich kaum zweifelhaft erscheinen, daß nach dem Gesetz die GenVers., die ja oberstes Willensorgan der Ges. ist, die Bilanz festzustellen hat d. h. daß alles, was vorher geschieht, lediglich Vorbereitungshandlungen sind und die endgültige Feststellung nicht nur der Bilanz im ganzen, sondern auch der einzelnen Posten Sache der Beschlußfassung der GenVers. ist. Nun ist ohne weiteres zuzugeben, daß die GenVers. bei ihrer Festsetzung an die gesetzl. und satzungsmäßigen Schranken gebunden ist und daß nach § 213 der Reingewinn durch den GesVertrag von der Verteilung ausgeschlossen werden kann. Es fragt sich nur, ob diese Beschränkung auch in der Weise geschehen kann, daß der GesVertrag einem Dritten, hier dem Aufsichtsrat, gestattet, den Reingewinn durch Vornahme von Rücklagen zu verkürzen. Wenn auch der Wortlaut des Ges. nicht unbedingt gegen diese Annahme spricht, so widerspricht eine solche Auslegung doch dem Sinne des Ges. und den Grundbegriffen des Aktienrechts. Gibt man der Satzung das Recht, dritte Personen jeweilig über die Höhe der Abschreibungen und Rücklagen entscheiden zu lassen, so entzieht man damit materiell der GenVers. das ihr nach § 260 zustehende Recht. Weiter

bedeutet aber die Anerkennung der Flechtheimschen Auffassung die Ausschließung des Anfechtungsrechts aus § 271. In § 271 ist aber das Anfechtungsrecht gegeben, soweit das nach dem GesVertrag statthafte Maß überschreiten ist, nicht aber, soweit Dritte auch auf Grund des GesVertrags Abschreibungen und Rücklagen festgesetzt haben. Der Omnipotenz der Satzung steht also hier die zweifellos zwingende Vorschrift des § 271 entgegen, die den Vorrang vor § 213 hat.

§ 261.

1. BauersZ. 24, 112. Es kommt häufig vor, daß die Ges. in der Zeit vom Schluß des Geschäftsjahres bis zur Fertigstellung der Bilanz Verluste erleidet. Ist nun die Verwaltung berechtigt, in der Bilanz des abgelaufenen GeschJahres solche das neue GeschJahr betreffenden Verluste durch Abschreibungen oder Minderbewertungen oder durch Reservestellungen auszugleichen? Zu bejahen ist das unbedenklich, wenn nicht eine plötzliche Einbuße (z. B. durch Veruntreuung) anzunehmen ist. In allen Fällen, in denen die Einbuße voraussichtlich schon früher erfolgte, aber erst späterhin offenbar wurde (Verlust von Außenständen) steht dem nichts entgegen, wenn das abgelaufene Gesch.-Jahr damit belastet wird. Das RG. hat wiederholt angenommen, daß in dem absichtlichen Verschweigen wichtiger, nach Ablauf des GeschJahres eingetretener Ereignisse, die einen Bilanzposten des Vorjahres wesentlich beeinflussen, eine strafbare Verschleierung liegen kann. Die Steuerbehörde steht allerdings auf dem Standpunkt, daß alle Verluste, die in das neue GeschJahr fallen, auch nur dieses angehen; indes dringt die Auffassung dann nicht durch, wenn ein Verlust nicht wirklich erst im neuen GeschJahr entstanden, sondern nur in die Erscheinung getreten ist.

2. BauersZ. 24, 111. Die Vorschriften der §§ 261, 262 gelten nicht bloß für Vorstand und Aufsichtsrat, sondern ebenso für die GenVers.

3. Vortrag einer Garantieverpflichtung unter den Kreditoren. BauersZ. 24, 39. Ges., deren Unternehmungsgegenstand es mit sich bringt, daß sie für ausgeführte Arbeiten oder Lieferungen eine Garantie übernehmen müssen, pflegen einen Sicherheitsfonds oder eine Garantierücklage zu bilden, oft sogar über die betreffenden Leistungen hinaus. Solche Garantierücklagen werden mitunter statt in einem besonderen Posten als Reserve einfach in die Kreditoren eingerechnet; ein Verfahren, das mit einer korrekten Bilanzierung nicht übereinstimmt, da eine Schuld noch nicht vorhanden, sondern erst möglicherweise erwächst.

4. BauersZ. 24, 79. Bilanzmäßige Behandlung im Prozesse befangener Außenstände oder Schulden.

§ 262.

1. Rosendorff, Die stillen Reserven der Aktiengesellschaften. Berlin 1917, Vahlen. Ob die Auflösung stiller Reserven derart vor sich gehen kann, daß der Vermögensgegenstand, der unterbewertet war, wieder auf seinen wahren Wert gebracht wird, ist bezüglich der Betriebsgegenstände streitig. Die Frage ist zu bejahen; nur darf die GenVers. sich hierbei nicht von bloßer Willkür ,sondern muß sich von inneren Gründen leiten lassen und sofern die Satzung die Unterbewertung vorschrieb, muß vorher die Satzung geändert werden. Was die Frage der rechtl. Zulässigkeit der stillen Reserven anlangt (27ff.), so folgt aus der Tatsache, daß durch das Ges. die Unterbewertung nicht verboten ist, noch nicht, daß die GenVers. ohne weiteres das Recht hat, die Aktiva unterzubewerten. Die Vorschrift des § 271 spricht von „einem nach dem Ges. oder dem GesVertrag statthaften Maß der Abschreibungen oder Rücklagen". Unter Gesetz kann nur § 40 HGB. gemeint sein, der ausdrücklich die Einsetzung des wahren Wertes vorschreibt. Wenn also das Statut keinerlei diese Vorschrift abändernde Bestimmung enthält, so sind Unterbewertungen nicht statthaft. Andererseits geht aus § 271 hervor, daß durch das Statut Abschreibungen und Rücklagen über das gesetzliche Maß hinaus angeordnet, also auch Unterbewertungen für zulässig erklärt werden können. Läßt das Statut Unterbewertungen zu, so hat lediglich die

GenVers. über den diesbezügl. Bilanzansatz zu bestimmen (arg. § 260). Eine Bestimmung der Statuten, nach der die Höhe der Abschreibungen von dem Vorstand oder Aufsichtsrat allein festgesetzt oder die GenVers. insofern beschränkt wird, daß sie an die diesbezüglichen Vorschläge der Verwaltung gebunden ist, ist daher nicht nur anfechtbar, sondern nichtig, weil sie gegen zwingendes Recht verstößt (vgl. hierzu oben § 260 III). Neben der Nichtigkeitsklage ist auch gegen die Beschlüsse der GenVers., durch die Abschreibungen und Rücklagen über das nach Gesetz oder Statut zulässige Maß angeordnet werden, die Anfechtungsklage nach § 271 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 HGB. zulässig. Eine ohne statutarische Ermächtigung vorgenommene Unterbewertung kann immer dann als willkürlich angefochten werden, wenn die GenVers. sich nicht darauf beschränkt hat, die Aktiva abzuschätzen und nach dem Schätzungswert in die Bilanz einzustellen, sondern sie zwecks Bildung einer stillen Reserve absichtlich unter ihrem Wert in die Bilanz einstellt. Eine solche Unterbewertung wird auch nicht dadurch gesetzlich zulässig, daß sie in der Absicht, das Unternehmen zu stärken, vorgenommen ist (vgl. § 271). Neben der Anfechtung ist auch die Klage auf Berichtigung der Bilanz zulässig (53ff.). — Vgl. auch Rosendorff, Bilanz- und Dividendenpolitik der AG. während des Kriegs, HoldheimsMSchr. 17, 205, in welchem Aufsatz auch Stellung zu Rathenaus Broschüre „vom Aktienwesen“ und die darin enthaltene Ansicht über die stillen Reserven genommen wird.

2. BauersZ. 24, 116 verneint die Reservefondsnatur der Kriegsgewinnrücklage.

3. BauersZ. 24, 130 erörtert die Bildung stiller Reserven durch Minderbewertung der Aktiva (Bewertung der Wertpapiere und Waren unter den nach § 261 Nr. 1 zulässigen Höchstpreis) und durch Mehrabschreibungen.

4. Ganze oder teilweise Überführung des gesetzl. Reservefonds in eine freie Rücklage, BauersZ. 24, 200. Nach § 262 Abs. 1 ist der Zwangsreservefonds in seiner Verwendung gebunden; er dient allein zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes, dürfte also nach dem Wortlaut erst verwendet werden, wenn die Bilanz einen Verlust aufweist. Allein bei wirtschaftlicher Betrachtung wird man zu dem Ergebnis gelangen, daß es vor allem darauf ankommt, ob die Vermögenslage der Ges. bei Anwendung des gewöhnlichen Buchungsverfahrens einen Verlust ausweisen würde und ob die btr. freie Reserve ebenfalls die Verlustdeckung bezweckt. Ist das der Fall, dann ist die Überführung des gesetzlichen Reservefonds in dies andere Rückstellungskonto zulässig. Erst wenn die Ges. von diesem Rückstellungskonto einen Gebrauch macht, der mit der Ausgleichung eingetretener Verluste nichts gemein hat, käme der einzelne Aktionär in die Lage, dagegen nach § 262 Abs. 1 einzuschreiten.

5. BauersZ. 24, 94. Wenn auch die Verwaltung befugt ist (§ 40 HGB.), Abschreibungen und Minderbewertungen zwecks Richtigstellung der Aktiva vorzunehmen, so hat sie doch nicht das Recht, über die Gewinnverwendung Bestimmungen zu treffen und der GenVers. vorzugreifen, indem sie z. B. dem Gewinne vor Genehmigung der Bilanz Beträge zur Bildung von Reserven entnimmt und dadurch, daß sie diese Beträge in der Gewinn- und Verlustrechnung nicht ausweist, den Gewinn in der Bilanz niedriger erscheinen läßt. Das verstieße nicht bloß gegen das Recht der GenVers., die nach § 260 über die Gewinnverteilung zu beschließen hat, sondern auch gegen § 261 Ziff. 6.

6. Michaelis, Die Rechtsverhältnisse an der Sonderrücklage zur Sicherung der Kriegsgewinnsteuer, GruchotsBeitr. 61, 410. Die Sonderrücklage ist ein echter Reservefonds. Die Vorschrift, daß sie der freien Verfügung der Ges. entzogen ist, enthält eine wesentliche Abweichung von den anderen Rücklagen. Die Bestimmung enthält ein Veräußerungsverbot i. S. des § 135 BGB., das nur den Schutz einer bestimmten Person, des Reichsfiskus, bezweckt. Ein Dritter kann durch gutgläubigen Erwerb unter Übergabe der Papiere Eigentum, auch Pfandrecht erwerben. Eine Pfändung der die Sonderrücklage bildenden Papiere durch Gläubiger der Ges. ist gegenüber dem Reichsfiskus gemäß § 135 Abs. 1 Satz 2 BGB. unwirksam. Die Ansicht Korschs (JW. 16, 628, vgl. JDR. 15 § 262 II 2), daß das Eigentum an der Sonderrücklage dem

Fiskus zustehe, geht fehl. Zu weit geht auch Hachenburg (JW. 16, 632), wenn er meint, die Sonderrücklage sei nur noch formales Eigentum der Ges., in Wirklichkeit werde sie von der Gesellschaft nur als einer Treuhänderin für fremde Rechnung aufbewahrt und der Fiskus habe im Fall des Konkurses der Ges. ein Aussonderungsrecht. Dem Fiskus steht auch nicht ein Verkaufsrecht an den Papieren nach § 1228 ff. BGB. zu. In Übereinstimmung mit Werner, Fuld, Norden, Hachenburg und den Kommentaren von Rheinstrom und Moesle und im Gegensatz zu Korsch und Hirschfeld ist die Sonderrücklage als nicht tantiemepflichtig zu erachten. Stellt sich später heraus, daß eine Forderung des Fiskus nicht oder nicht in der Höhe der Rücklage entsteht und deshalb die Rücklage ganz oder teilweise frei wird, dann kann sie insoweit zur Verteilung unter die Gesellschafter gelangen, und zwar gilt sie dann als Gewinn des Jahres, in dem er verdient wurde. Die Einkommensteuerpflicht der Sonderrücklage ist grundsätzlich zu bejahen.

7. PrOVerwG. 10. 7. 17, GenBl. 17, 441. Die Kriegssteuerrücklage ist einkommensteuerpflichtig. (Ebenso oben Ziff. 6.) Zu vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 5, 301.

§ 263.

Anfechtungsklage wegen Verstoß gegen § 263. **RG.** 11. 5. 17, BankA. 17, 67, BauersZ. 24, 201, JW. 17, 716, R. 17 Nr. 1477. Die Anfechtungsklage nach § 271 HGB. ist zulässig bei Verletzung des § 263 über die Auslegung der der ordentl. GenVers. zu unterbreitenden Vorlagen. Das gleiche gilt, wenn zwar die Auslegung äußerlich geschehen, insofern die rechtzeitig ausgelegten Urkunden von der Auslegung an den Prüfungsvermerk des Aufsichtsrats tragen, wenn aber in Wirklichkeit der Vermerk nur von dem Vorsitzenden herrührt und der Aufsichtsrat selbst ihm erst am Tage der GenVers. beigetreten ist.

§ 264.

Voraussetzungen des § 264. **RG.** 11. 5. 17, BauersZ. 24, 201, JW. 17, 716, R. 17 Nr. 1478. Das Ges. will dem Aktionär, der einen bestimmten Ansatz der Bilanz in gehöriger Weise bemängelt und über zehn Prozent des Grundkapitals verfügt, eine Frist zur Überlegung bis zur nächsten Verhandlung gewähren; er soll nicht genötigt sein, in dem eng bemessenen Zeitraum der GenVers. sich sofort ein Urteil zu bilden. Gleichwohl meint das BerG., eine Bemängelung, wie sie § 264 im Auge habe, liege nicht vor, wenn der Tadel sich nicht gegen die Bilanzierung als solche, sondern nur dagegen richte, daß der Vorstand Kredit gewährt hätte. Demgegenüber muß daran festgehalten werden, daß es genügt, wenn die Minderheit einen Bilanzposten überhaupt bemängelt und daß ein Unterschied, je nachdem der Mangel das materielle Bilanzrecht oder die Pflichten der Geschäftsführung betrifft, nicht gemacht werden darf. — Hierzu Flechtheim, JW. 17, 716. Da jeder Akt der Geschäftsführung irgend welche Änderung auf der Aktiv- oder der Passivseite der Bilanz hervorbringt, läßt sich mit einiger Geschicklichkeit jede Kritik an der Geschäftsführung mit einem Bilanzposten in Verbindung bringen. Damit ist eine bedeutsame Erweiterung der Machtmittel der Minderheit gegeben. Mit dem Vertagungsrecht hat die Minderheit aber auch das Recht auf Erteilung der erforderlichen Aufklärung. Die Ges. hat z. B. einen Posten Aktien eines anderen Unternehmens erworben. Ein Aktionär wünscht zu wissen, wer der Verkäufer und wie hoch der Kaufpreis sei. Der Vorstand lehnt die Beantwortung der Frage ab. Der Aktionär ruft die Entscheidung der GenVers. an. Diese beschließt die Frage nicht zu stellen. Dann muß sich nach dem grundlegenden RG. 82, 181 der Einzelaktionär hierbei bescheiden. Besitzt er aber zehn Prozent des Grundkapitals, so kann er nach der vorliegenden Entscheidung den Posten „Effekten" mit der Begründung bemängeln, die Verwaltung habe die Aktien nicht erwerben dürfen. Er verlangt dann Vertagung und kann diesen Antrag wiederholen, wenn ihm in der nächsten GenVers. nicht die erforderliche Aufklärung gegeben wird. So würde tatsächlich der Aktionärminderheit von 10% ein ziemlich unbeschränktes Auskunftsrecht zustehen. Das RG. wird nachprüfen müssen, ob der in der vorliegenden Entsch. aufgestellte Rechtssatz nicht doch eingeschränkt werden muß. Vgl. oben § 250.

§ 265.

BauersZ. 24, 109. Zu veröffentlichen ist vom Vorstand nicht die durch die Gewinnverwendung oder die Verlustausgleichung geänderte, sondern die vorher festgestellte Bilanz.

§ 271.

Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse.

I. Anfechtungsgründe.

1. Anfechtung zu hoher Abschreibungen oder Rücklagen. a) Flechtheim, BankA. 16, 371. Jeder einzelne Aktionär, der über 5% des Aktienkapitals verfügt, oder eine Gruppe von Aktionären, die zusammen über diese 5% verfügen, kann eine über das gesetzliche oder nach der Satzung statthafte Maß hinausgehende Abschreibung oder Rücklage anfechten. Allerdings genügt zu einer solchen Anfechtung nicht schon die Tatsache, daß nachträglich das Gericht oder ein Sachverständiger eine geringere Abschreibung als ausreichend bezeichnet. Schätzungsdifferenzen allein reichen zu einer Anfechtung des GenVersBeschlusses nicht aus. Die Unterbewertung muß vielmehr entweder böswillig oder willkürlich sein. Eine Willkür kann aber auch dann vorliegen, wenn die GenVers. aus Zweckmäßigkeitsgründen eine bewußte Unterbewertung vornimmt. Daß die GenVers. die offene oder stille Reserve aus wirtschaftlich wohl berechtigten Rücksichten vorgenommen hat, schließt die Anfechtung nicht aus. Es kann also z. B. die Bilanz angefochten werden, wenn die gesamten, offenbar sehr wertvollen Maschinen bis auf eine Mark abgeschrieben sind. Mithin kann die von der weitaus überwiegenden Mehrheit der Aktionäre gebilligte Politik der Solidität von einer kleinen, auf Ausschüttung hoher Dividenden bedachten Zahl von Aktionären durchkreuzt werden. Dieser Gefahr kann allerdings durch die Satzung vorgebeugt werden, denn der Anspruch der Aktionäre auf den Reingewinn und das darauf beruhende Anfechtungsrecht besteht nur, soweit die Satzung nicht den Reingewinn von der Verteilung ausschließt. Es fällt also die Anfechtungsmöglichkeit weg, wenn die Satzung bestimmte Abschreibungssätze vorsieht oder wenn sie den Reingewinn ganz oder teilweise zur freien Verfügung der GenVers. stellt, die dann auch durch bloße Zweckmäßigkeitsgründe veranlaßte Abschreibungen vornehmen kann. Das Anfechtungsrecht des Aktionärs fällt auch weg, wenn durch die Satzung dem Aufsichtsrat das Recht zur Festsetzung der Abschreibungen und Rücklagen übertragen ist (vgl. zu § 260 und Ziff. 1 zu § 262).

b) **RG.** 7. 11. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 46 GmbHG.

2. Verweigerung einer Auskunft seitens der Verwaltung, unberechtigter Schluß der Debatte, Wortentziehung, Ausschluß eines Aktionärs aus der Versammlung, vgl. Ziff. 3 zu § 250.

3. Nichtbefolgung der Vorschrift des § 263 Abs. 1 und 3 HGB. (nicht rechtzeitige Vorlage der Jahresrechnungen). **RG.** 11. 5. 17, vgl. § 263.

4. Ungeeignete Zeit für die Abhaltung der GenVers. Vgl. Ziff. 2 zu § 253.

5. **RG.** 28. 6. 17, R. 17 Nr. 1878. Ein GenVersBeschluß verstößt deshalb allein noch nicht gegen die guten Sitten, weil ein mitstimmender Vertreter die Pflichten gegenüber seinem Machtgeber durch die Abstimmung verletzt hat.

II. Klagevoraussetzung.

RG. 11. 5. 17, JW. 17, 716, R. 17 Nr. 1479. Die Klage setzt nicht den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Beschluß und Gesetz oder Statutenverletzung voraus. Die Anfechtung ist vielmehr nur dann versagt, wenn klar zutage liegt, daß der Beschluß nicht auf der behaupteten Gesetzes- oder Statutenverletzung beruhen kann. Dagegen schafft schon die Möglichkeit einer ursächlichen Verknüpfung der Klage Raum.

III. München 13. 12. 16, BauersZ. 24, 152, LeipzZ. 17, 488. Dem Aktionär als solchen ist die Geltendmachung der Nichtigkeit von GenVersBeschlüssen im Wege der Feststellungsklage außerhalb der §§ 271ff. zum mindesten dann versagt, wenn weder ein die Beschlußeigenschaft aufhebender Formmangel noch ein Eingriff in ein Drittrecht oder Sonderrecht des Aktionärs vorliegt.

IV. **RG.** 8. 5. 16, BauersZ. 24, 21. Die unterlassene Anfechtung eines Beschlusses steht der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung nach § 826 BGB. nicht entgegen.

§ 272.

1. Anwendung des § 272 Abs. 4 auf Nichtigkeitsklagen? BayObLG. 22. 10. 15, JDR. 15 § 272 Ziff. 1 auch KGJ. 49, 269, OLG. 34, 346.

2. BauersZ. 24. 24. Die Erhebung der Anfechtungsklage bei einem unzuständigen Gerichte wahrt die Frist des § 272 Abs. 2 nicht.

§ 273.

Rosendorff, Stille Reserven (vgl. § 262), schließt sich der Ansicht des RG. an, das das Gericht für berechtigt erachtet, an Stelle einer angefochtenen Bilanz selbst eine richtige Bilanz festzustellen. — AM. Pinner, JW. 17, 521.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 275.

1. Dresden 3. 3. 17, DNotV. 17, 452, SächsOLG. 38, 180, ZBlFG. 17, 515. Eine Satzungsbestimmung, wonach bei einer Erhöhung des Grundkapitals die neu auszugebenden Aktien den Aktionären nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes al pari zur Verfügung stehen, begründet kein Sonderrecht einzelner Aktionäre i. S. des § 186 Abs. 1; sie kann also auf dem vom Ges. für eine Satzungsänderung vorgeschriebenen Wege beseitigt werden. In ein nach dem Ges. unentziehbares Recht der Aktionäre wird durch eine solche Satzungsänderung nicht eingegriffen; denn der Wegfall der Bestimmung ist „unbeschadet der Rechte der Aktionäre aus § 282" beschlossen worden.

2. **RG.** 26. 6. 17, R. 17 Nr. 1879. Soweit getrennte Abstimmungen nach § 275 Abs. 2 nötig sind, müssen sie zu jedem Punkt der Tagesordnung gesondert angekündigt werden. Der Nachweis, daß die Abstimmung doch nicht anders ausgefallen wäre, bleibt gegenüber der Anfechtungsklage offen.

§ 281.

Verpflichtung aus einem ungültigen Zeichnungsschein. JDR. 15 § 281 Ziff. 2 auch BauersZ. 24, 41.

§ 282.

Schrifttum: Schreiber, Aktienrechtl. Zeitfragen, Wien 1906 (besprochen von R. Fischer, JW. 17, 83) behandelt das Bezugsrecht nach österr. Recht.

1. **RG.** 6. 7. 17, BankA. 16, 429, BayRpflZ. 17, 386. Die Bank, bei der der Bankkunde Wertpapiere in offene Verwahrung gegeben hat, ist verpflichtet, dem Kunden von erwachsenen Bezugsrechten Nachricht zu geben, sie ist aber nicht berechtigt, das Bezugsrecht ohne Zustimmung des Kunden zu veräußern, wenn dieser noch in der Lage ist, rechtzeitig zu verfügen. Ein entgegengesetzter Handelsgebrauch besteht nicht.

2. Satzungsänderung bezüglich des den Aktionären eingeräumten Bezugsrechts. Dresden 3. 3. 17, vgl. Ziff. 1 zu § 275.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292.

RG. 1. 4. 16, BauersZ. 24, 63. Die Eröffnung des Konkurses bringt die AG. als jur. Person noch nicht zum Erlöschen, sie wird nur hinsichtlich ihres Vermögens nach ihrer produktiven Seite beendigt. Infolgedessen erlischt mit dem Konkurs auch das der AG. zustehende Nießbrauchsrecht noch nicht.

§ 295.

Unzulässigkeit einer Satzungsbestimmung, die das Recht zur Bestellung von Liquidatoren dem Aufsichtsrat überträgt. Das JDR. 15 § 295

abgedruckte Urteil des KG. (nicht des RG.) auch BauersZ. 24, 43, DNotV. 17, 452, KGJ. 49, 122, OLG. 34, 348, ZBlFG. 18, 131.

§ 296.

Wechsel und Eintragung der Liquidatoren vor der Neuwahl des weggefallenen Aufsichtsrats. KG. 31. 3. 16, vgl. Ziff. 1 zu § 243.

§ 306.

Dresden 31. 12. 15, BauersZ. 24, 25. Die Stellung des Treuhänders nach § 1189 BGB. geht im Falle der Fusion nicht auf die aufnehmende AG. über.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 312.

Hamburg 16. 11. 16, LeipzZ. 17, 823. Der Ausdruck „absichtlich" umfaßt den Eventualdolus nicht mit, setzt vielmehr voraus, daß der Täter davon überzeugt ist, daß die Handlung notwendig den nachteiligen Erfolg haben müsse und diesen als solchen gewollt hat.

§ 314.

1. Rosendorff, Stille Reserven 57 (vgl. 1 zu § 262). Der Tatbestand des § 314 Nr. 1 ist dann gegeben, wenn die Verwaltung durch ihr Verhalten den fälschlichen Anschein erweckt, als seien keine Unterbewertungen vorhanden, obgleich dies der Fall ist. Daraus folgt, daß sie alsdann die Existenz von Unterbewertungen nicht leugnen darf.

2. **RG.** 26. 2. 15, BauersZ. 24, 56. Das Ges. schränkt das Gebot wahrer und klarer Darstellung der Verhältnisse der Ges. nicht ein für den Fall, daß daraus ein Schaden für die Ges. entsteht. Deshalb hat nach dem Ges. die Pflicht der Leiter, die Ges. vor Schaden zu bewahren, vor der höheren Pflicht, die Verhältnisse wahrheitsgemäß und offen darzustellen, zurückzutreten.

3. **RG.** 2. 10. 16, BauersZ. 24, 77. Ein Aufsichtsratsmitgl., das trotz seiner Kenntnis gegen die gefälschten Bilanzen keinen Widerspruch erhebt, macht sich durch sein Stillschweigen und durch das bewußte Passierenlassen der unwahren Darstellung selbst der unwahren Darstellung bzw. Verschleierung schuldig.

4. BauersZ. 24, 94, vgl. Ziff. 5 zu § 262 HGB.

Anhang. Stempel- und Steuerrecht.

A. Reichsstempelgesetz.

I. Stempelrecht.

1. Bedeutung der Begriffe „Aktien" und „Wertpapiere" nach dem RStempG.; „ausländische Aktien" i. S. des Tarif Nr. I C. Hamburg 8. 6. 17, HansGZ. 17 Bbl. 209.

2. Über Berechnung des Kapitalerhöhungsstempels im Falle der Verschmelzung einer Aktiengesellschaft mit einer anderen, wobei die neu ausgegebenen Aktien zur Abfindung der Aktionäre der einverleibten Gesellschaft dienen, vgl. **RG.** 16. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 89.

3. BauersZ. 24, 171, Steuerkollegium Stuttgart 9. 5. 17, Tarif Nr. 1 Ae Ziff. 2. Befreiung vom Sachstempel bei Fusion. Vgl. auch BauersZ. 24, 187.

4. Tantiemesteuer. RG. 24. 10. 16. Vgl. Ziff. 10 zu § 237.

II. Steuern.

1. Einkommensteuer. a) BadVerwGH. 7. 11. 16, BadRpr. 17, 7, BauersZ. 24, 98. Überschüsse einer AG. zur Bildung der Kriegsgewinnsteuerrücklage und einer Kriegsfürsorgerücklage sind in Baden einkommensteuerpflichtig.

b) PrOVerwG. 6. 7. 16, BauersZ. 24, 172. Hat eine AG. (Bierbrauerei) aus Anlaß ihres Gewerbebetriebs und zur Rettung von Hyp. ein Wirtschaftsgrundstück gekauft, um

es alsbald wieder abzustoßen, inzwischen aber durch Vermieten nutzbar zu machen, so liegt Eink. aus Gewerbebetrieb vor.

c) BauersZ. 24, 188. Das PrOVerwG. hat in ständiger Rechtspr. die zum Ausgleich oder zur Herabminderung eines Verlustes bestimmten Reingewinnbeträge als nicht zum steuerpfl. Eink. der AG. gehörig erklärt; anders bei der GmbH.

d) PrOVerwG. 13. 4. 16, BauersZ. 24, 172. Besitzt eine BrauereiAG. in einer Gemeinde eigentümlich oder pachtweise Schanklokale, die sie an Wirte verpachtet hat, die ihrerseits das Schankgewerbe für eigene Rechnung ausüben, so ist die AG. wegen „Habens" einer gewerblichen Anlage (§ 35[2] KomAbgG.) in jener Gem. einkstpfl.

e) PrOVerwG. 23. 11. 16, BauersZ. 24, 172. Wenn in den der staatl. Veranl. zugrunde gelegten Bilanzen einer zu einem Staatssteuersatz veranlagten AG. ein aus einer besonderen EinkQuelle fließender EinkTeil (z. B. Beteiligung an einer GmbH.) nicht enthalten ist, dann darf auch bei der GemSteuer mit einem Teileinkommen aus dieser Quelle nicht gerechnet werden. Die gegenteilige Ansicht des Urteils vom 31. 10. 02 ist aufgegeben.

f) PrOVerwG. 17. 2. 16, BauersZ. 24, 171. Begriff des „Reservefonds" i. S. des § 15 EinkStG.

g) PrOVerwG. 30. 3. 16, BauersZ. 24, 172. Tritt eine (Grundstückshandel betreibende) AG. in Liqu., so besteht die Vermutung, daß alle ihre weiteren Aktionen, auch gewinnbringende, nicht mehr auf einem Gewerbebetrieb als Quelle neuen Erwerbes, sondern nur noch auf die Erfüllung der Liquidations-Aufgaben (Umsatz des GesVermögens in Geld) gerichtet sind. Es bedarf deshalb des Hinzutretens besonderer Umstände, aus denen die Absicht einer über die Liquidationszwecke hinausgehenden Gewinnerzielung zu entnehmen ist, wenn für ein Geschäft (z. B. den Verkauf der Grundstücke) die gesetzliche Vermutung entkräftet werden soll.

h) PrOVerwG. 29. 6. 16, BauersZ. 24, 172. Ist eine AG. staatlich zur EinkSteuer veranlagt, so ist die GemBesteuerung auf das hierbei festgestellte Einkommen sowohl bezüglich seiner Gesamthöhe wie bezüglich seiner Zusammensetzung beschränkt und darf auf EinkTeile, die in der staatl. Veranl. nicht enthalten sind, nicht ausgedehnt werden.

i) BauersZ. 24, 64 (pr. R.). In allen Fällen, in denen eine AG., zu einem Staats-EinkomStSatz veranlagt ist (§ 15 Abs. 5 pr. EinkStG.) ist das hierbei veranlagte Einkommen der Veranlagung zur GemEinkomSt. unverändert zugrunde zu legen. Eine nachträgliche Erhöhung der GemSt. kann nur im Rahmen des § 36 Abs. 3 und § 85 KomAbgG. erfolgen. Ist das gemeindestpfl. Eink. dagegen mangels einer Veranl. zu einer StaatsEinkSt. selbständig ermittelt worden, so ist eine nachträgliche Erhöhung der GemSteuer eingeschränkt auf die Fälle der §§ 83, 84 KomAbgG.

k) Steuerpflicht der Sonderrücklage für die Kriegsgewinnsteuer. Michaelis, GruchotsBeitr. 61, 410 (423). Vgl. Ziff. 6 und 7 zu § 262 HGB.

l) Steuerpflicht der stillen Reserven s. Rosendorff, Ziff. 1 zu § 262.

2. Kriegsgewinnsteuer. a) Sonderrücklage s. Ziff. 6 zu § 262 HGB.

b) Berechnung der Kriegssteuer bei Zuwendungen zu gemeinnützigen Zwecken, BauersZ. 24, 201.

3. Wehrsteuer. a) Steuerpflicht der Reservekonten. **RG.** 10. 10. 16, BauersZ. 24, 64.

b) Wehrbeitragspflicht der Erneuerungsfonds und stillen Reserven. Hamburg 14. 3. 16, HansGZ. 17 Bbl. 169.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320.

Tantieme der persönlich haftenden Gesellschafter und des Aufsichtsrats. BauersZ. 24, 20. Vgl. Ziff. 8 zu § 237.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335.

Darlehen oder stille Gesellschaft. a) **RG.** 3. 10. 16, LeipzZ. 17, 133, R. 17 Nr. 1880. Der Kl. hat sein Handelsgeschäft durch Vertrag seinem Sohne übertragen. In dem Vertrage übernahm Kl. die Verpflichtung, seinem Sohne einen Kredit bis zu 55000 M. zu verschaffen und auch in Zukunft zu erhalten; für die von dem Sohne auf den Kredit entnommenen Beträge erhielt Kl. keine feste Verzinsung, sondern nur einen Anteil am Reingewinn und zwar die Hälfte, ganz unabhängig davon, wie hoch die vom Sohne auf den Kredit entnommenen Beträge sein würden. Weiter hatte Kl. nach dem Vertrage das Recht, jederzeit die Bücher und Korrespondenzen einzusehen und sich von dem Kassenstande zu überzeugen; er konnte auch, wenn er überzeugt war, daß durch die Geschäftsführung seines Sohnes die Existenz des Geschäftes gefährdet werde, den Kredit mit der Wirkung kündigen, daß die laufenden Geschäfte, soweit nach der Geschäftslage möglich, bald abzuwickeln seien. Im Konkurs des Sohnes, der auf ein Lombardkonto des Kl. bei der Reichsbank 38000 M. entnommen hatte, erhob Kl. nach § 146 KO. Klage auf Feststellung der 38000 M. als Konkursforderung. Die Klage wurde abgewiesen. Das OLG. kam in Auslegung des Vertrags zu der Auffassung, daß es sich um eine stille Ges. handle, bei der die Vermögenseinlage des Kl. in der Verpflichtung zur Kreditbeschaffung bestanden habe. Dieser Ausführung trat das RG. bei. Bezüglich zweier weiterer Posten (10000 M. bei Geschäftsüberlassung gegebenes Darlehen und 50000 M. Forderung aus Wechseln die der Gemeinschuldner akzeptiert, Kl. aber als Aussteller oder Girant gezeichnet und zur Zeit der Fälligkeit bezahlt hatte) nahm das OLG. unter Billigung des RG. an, daß sie nicht als Einlage in die stille Ges. zu erachten seien; denn wenn auch die Einlage des stillen Gesellschafters durch stillschw. Vereinbarung erhöht werden könne, sprächen doch keine Umstände für eine solche Einigung der Parteien.

b) **RG.** 30. 3. 17, LeipzZ. 17, 974. Der Kl. verpflichtete sich, der schon früher gegründeten bekl. GmbH. „zwecks Finanzierung" 20000 M. „bares Darlehen" gegen 10% des Reingewinnes zu geben. Der (privatschriftl.) Vertrag bestimmte weiter: § 1. Das Kapital ist fällig und rückzahlbar nach Beendigung der GmbH., aber spätestens am 1. 7. 1916. Nach § 3 sollte Kl. seine volle Tätigkeit ohne jedes weitere Entgelt der Bekl. widmen. § 5 schrieb vor: „Sollte die Bekl. mit Verlust arbeiten, so wird der Verlust pro rata getragen. § 6 bestimmte den Zeitpunkt der Verteilung des Reingewinnes. § 7 verbot die Abtretung der Rechte aus diesem Vertrage. Im Gegensatz zum OLG. nahm das RG. an, daß eine stille Ges. vorliege. Der Gebrauch des Wortes Darlehen hindere diese Annahme nicht; bestätigt werde der gesellschaftl. Charakter durch das Abtretungsverbot des § 7. Die Worte „spätestens am 1. 7. 16 rückzahlbar" erklären sich ungezwungen als eine Zusage der Auflösung der GmbH. bis zu diesem Zeitpunkt.

§ 336.

RG. 16. 3. 17, R. 17 Nr. 1037. Aus der Möglichkeit, daß bei einer Beteiligung am Verlust die ganze Einlage des stillen Gesellschafters aufgezehrt werden kann, darf nicht gefolgert werden, daß eine Beteiligung am Verlust ausgeschlossen sein soll.

§ 340.

RG. 16. 3. 17, LeipzZ. 17, 732. Nach Beendigung der stillen Ges. verbleiben die Maschinen und Utensilien des Geschäftes, die vielleicht bis auf einen winzigen Betrag abgeschrieben sind, den Bekl. (Eigentümern des Geschäftes), deren Eigentum sie stets waren. Der Kl. als stiller Gesellschafter hat gegen die Bekl. nur einen Anspruch auf Berichtigung seines Guthabens in Geld. Bei der Frage, ob die Einlage des Kl. durch Verlust aufgezehrt ist, wird der wahre Wert der Maschinen und Utensilien, falls nicht ihr Buchwert vereinbarungsgemäß maßgebend sein soll, in Ansatz zu bringen sein.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 344.

RG. 6. 1. 16, FrankfRundsch. 50, 79. § 344 gilt nur für die von einem EinzelKfm. oder einer Handelsges. vorgenommenen Rechtsgeschäfte, auf die des Gesellschafters einer o. HG. findet die Bestimmung keine Anwendung; aus ihr ist für die Frage, ob ein Gesellschafter bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes namens der Ges. oder in privater Eigenschaft gehandelt hat, nichts zu entnehmen; hierfür ist nur § 146 BGB. maßgebend. Vgl. oben zu § 114.

§§ 346 ff.

Einfluß des Kriegs auf die Vertragserfüllung.

Eine Zusammenstellung der Rechtspr. über den Einfluß des Kriegs auf schwebende Lieferungsverträge gibt Plum, JW. 17, 943.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 6. 3. 17, JW. 17, 537, LeipzZ. 17, 749, R. 17, 233. Eine nach Ausbruch des Krieges, aber vor Eintritt Italiens in den Krieg getroffene Vereinbarung, daß ein Streit durch ein italienisches Schiedsgericht zu entscheiden sei, ist unwirksam.

2. Lieferung von Ersatzstoffen. a) **RG.** 24. 10. 16, HoldheimsMSchr. 17, 69, LeipzZ. 17, 329, R. 17, 30. Ist der Verkäufer zufolge vertragsmäßigen Vorbehalts höherer Gewalt durch den Kriegsausbruch von der Lieferung des Vertragsgegenstandes „Benzinknochenfett" befreit, so kann ihm nicht ohne weiteres die Lieferung von „Benzolknochenfett" auferlegt werden, weil dieses als Ersatzstoff gilt und beschaffbar sei. Anders läge der Fall, wenn Benzin- und Benzolknochenfett nach der Anschauung des Verkehrs dieselbe Ware wären und sich nur dadurch unterschieden, daß bei dem einen Benzin, bei dem anderen Benzol als Mittel zur Gewinnung des Knochenfetts benutzt würde, wenn also Vertragsgegenstand schlechthin Knochenfett unter beiläufiger Erwähnung der zur Zeit des Abschlusses üblichen Gewinnungsart gewesen wäre. Darüber fehlt es an jeder Feststellung.

b) Dresden 19. 10. 16, SächsRpflA. 17, 70. Der Verkäufer, der eine bestimmte, genau spezialisierte, einer einzigen Erzeugungsstelle entstammende Ware infolge des Kriegs nicht liefern kann, ist zur Lieferung einer Ersatzware anderer Herkunft nicht verpflichtet, selbst wenn es eine an Wert und Brauchbarkeit durchaus gleiche, aus gleichartigen Rohstoffen mittels des gleichen Verfahrens hergestellte Ersatzware gibt. Denn nach Anschauung des Handelsverkehrs sind beide Waren nicht dasselbe Handelsgut, weil eben jedes Erzeugnis seinen eigenen Herkunftsort und sein eigenes Schutzzeichen hatte.

3. Einfluß des Kriegsausbruchs auf Locolieferung überseeischer Ware. a) Hamburg 13. 10. 16, LeipzZ. 17, 554. Die Erfüllung wird durch das Ausbleiben der Abladungen von Pfeffer aus Ostasien infolge des Kriegs in keiner Weise berührt; denn den Gegenstand des Vertrags bildete nicht eine in der Zeit vom Vertragsabschluß bis zum Sept./Okt. 14 von Ostasien abzuladende und an dem Erfüllungsort des Geschäfts Hamburg eintreffende Ware, sondern eine im Sept./Okt. 14 von Hamburg an den Käufer abzuladende Ware, deren rechtzeitige Beschaffung ausschließlich Sache des Verkäufers war. Daß Käufer bei Vertragsabschluß wußte, daß die Ware zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem Liefertermin von Ostasien eingeführt worden sein müsse, läßt keinen Schluß darauf zu, daß die Parteien darüber einverstanden gewesen wären, daß eine erst vom Verkäufer durch Abladung von Ostasien zu beziehende Ware Gegenstand des Vertrags sein solle.

b) **RG.** 2. 3. 17, LeipzZ. 17, 657, WarnE. 17, 162. Es handelt sich nach dem Vertrag nicht um ein Abladegeschäft, sondern um Lieferung in Hamburg befindlicher, wenn auch aus Amerika eingeführter Ware. Deshalb konnte und mußte der Verkäufer trotz des Kriegsausbruches ab Lager erfüllen. Es wäre auch seine Sache gewesen, der Abschneidung der

Einfuhr Rechnung zu tragen und sich anderweitig einzudecken, falls zur Zeit der Vertragserfüllung die erforderliche Locoware in Hamburg nicht greifbar war.

4. Hamburg 25. 4. 17, R. 17, 323. Mit der Klausel „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten, neue Regierungsmaßregeln zu Käufers Lasten, ohne Schadensersatz- und Nachlieferungsansprüche" hat sich der Verkäufer im weitesten Umfang die freie Hand gesichert, insbesondere die Befreiung von der Lieferpflicht nicht nur auf den Fall des Unvermögens im Rechtssinn beschränkt.

5. Hamburg 14. 3. 17, HansGZ. 17 Hbl. 119. Der Lieferant, der infolge des Kriegs verhindert ist, seine sämtlichen laufenden Verträge zu erfüllen, hat, wenn ein Teil dieser Verträge mit der Kriegsklausel, der andere ohne solche Klausel abgeschlossen ist, die Verpflichtung, die Lieferung auf die mit der Kriegsklausel versehenen Verträge zu unterlassen, um die anderen Verträge vollständig erfüllen zu können.

6. **RG.** 30. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 108. Im Frieden ist ein Käufer regelmäßig im Verzug, wenn sein Rembours versagt. Versagt aber der Rembours nur wegen des Krieges, ist z. B. die Akzeptleistung für das Remboursbaus nach englischem Recht verboten und deshalb unmöglich gewesen, dann ist ein Verzug des Käufers nicht gegeben.

7. Verzögerung des Abrufs nach Kriegausbruch. KG. 27. 10. 16, OLG. 34, 20. Die Kriegsverhältnisse und die dadurch hervorgerufenen Preisschwankungen gestatten nach Treu und Glauben im allgemeinen ein längeres Hinausziehen des Abrufes über die Vertragszeit nicht und bei untätigem Verhalten des Käufers kann darin sogar ein Verzicht auf weitere Lieferung erblickt werden. Vgl. unten Preissteigerung III 1.

8. **RG.** 19. 1. 17, WarnE. 17, 105. Der Krieg mag unter Umständen eine Zahlungszögerung des Schuldners entschuldigen, zu verfrühtem Zahlungsbegehren des Gläubigers gibt er keinen Anlaß.

9. Hamburg 30. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 37, R. 17, 120. Ein Anspruch auf alsbaldige Feststellung, daß der Verkäufer aus einem vor dem Krieg geschlossenen Lieferungsvertrag nach Beendigung des Krieges zu liefern verpflichtet ist, läßt sich aus dem Vertrag nicht begründen. Wie sich die Verhältnisse nach dem Kriege gestalten werden, steht zur Zeit völlig dahin. Dauert der Krieg noch jahrelang, so kann dadurch eine solche Änderung der Verhältnisse eintreten, daß nach Treu und Glauben keiner Partei mehr die Erfüllung von Verträgen aus der Zeit vor dem Kriege zugemutet werden kann. Dagegen ist der Antrag, festzustellen, daß der Vertrag jetzt noch zu Recht besteht, als auf die Gegenwart bezüglich zulässig. — **RG.** 12. 7. 17, JW. 17, 899, WarnE. 17, 289 hat jedoch die Zulässigkeit einer Feststellungsklage darüber, daß Bekl. zur sukzessiven Lieferung binnen einem Jahr nach Kriegsschluß verpflichtet sei, bejaht. Über die Zulässigkeit der Feststellungsklage vgl. auch Hamburg 10. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 261 und Hamburg 21. 4. 17, LeipzZ. 17, 887, beide abgedruckt unten II 9 und 10.

10. Hamm 20. 10. 16, JW. 17, 306. Bei einem während des Kriegs geschlossenen Vertrag über eine Warengattung, bei der mit größter Wahrscheinlichkeit während des Winters in Kriegszeiten eine erhebliche Preissteigerung zu erwarten war, ist anzunehmen, daß die Absicht beider Parteien auf eine unverzügliche Abwickelung des Geschäftes gerichtet war und daß Käufer, wenn der Verkäufer nicht liefert, ihm alsbald unzweideutig erklären muß, daß er die Lieferung beansprucht oder die aus dem Verzug entspringenden Rechte geltend machen werde.

11. Einfluß des Anlaufens eines neutralen Hafens auf die Zahlungspflicht des Käufers bei Cif-Geschäften und bei der weiteren Klausel: „3 Monate Bankrembours". Karlsruhe 10. 10. 16, BadRpr. 17, 18. Vgl. § 346, Cif-Klausel Ziff. 2.

12. Nichteinhaltung der Abladefrist bei während des Kriegs geschlossenen Verträgen; Schadensersatzanspruch des Käufers von Fristsetzung nicht abhängig s. § 376 Ziff. 3 und unten unter V.

13. **RG.** 12. 12. 16, WarnE. 17, 52. Wenn dem Verkäufer die Beschaffung der Ware, die er zu liefern hat, ohne den Besitz eines sog. Kriegsscheines d. h. eines schriftl. Nach-

weises dafür, daß eine Bestellung der Heeresverwaltung vorliegt, zu deren Ausführung die zu liefernde Ware bestimmt ist, nicht möglich oder zum mindesten erschwert ist, dann kommt der Verkäufer, wenn Käufer die Beibringung des Scheins verweigert, nicht in Leistungsverzug.

14. Erstreckung einer Befreiungsklausel auf den Krieg. Hamburg 18. 10. 16, vgl. IV A c zu § 157 BGB.

II. Zeitliche Verschiebung der Lieferung; Nachlieferungspflicht. (Vgl. auch Ziff. III.) 1. **RG.** 2. 3. 17, vgl. IV B b, bb zu § 157 BGB.

2. Hamburg 21. 4. 17, DJZ. 17, 690, HansGZ. 17 Hbl. 143. Die Parteien haben erwogen, daß Krieg die Lieferung behindern werde, und daß diese Lieferungsbehinderung und die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse die Leistung wesentlich beeinflussen könne. Sie haben aber gleichwohl nur eine Verschiebung der Lieferung vereinbart. Deshalb ist anzunehmen, daß die Parteien solche selbst für den Fall gewollt haben, daß durch den Krieg die Lieferung im Rechtssinn unmöglich geworden sein sollte.

3. Hamburg 4. 4. 17, HansGZ. 17 Hbl. 172. Bei einem Verkauf mit der Klausel, daß durch den Krieg und andere den Bezug von Rohmaterial behindernde Ereignisse auf die Anzeige des Verkäufers hin die Lieferfrist um die Zeitdauer der Behinderung verschoben werde, darf der Verkäufer auch bei längerer Kriegsdauer dann nicht zurücktreten, wenn seine Korrespondenz mit dem Käufer deutlich ergibt, daß er nach dem Kriege zu liefern bereit sei.

4. Hamburg 11. 5. 17, vgl. IV B b, ee β zu § 157 BGB.

5. **RG.** 22. 5. 17, R. 17 Nr. 866. Ist die Lieferungspflicht auf einen bestimmten Termin zufolge Verhinderung durch den Krieg weggefallen, so bleibt gleichwohl die Pflicht bestehen, sobald zu erfüllen, als es tunlich ist.

6. **RG.** 12. 7. 17 s. unten unter Unmöglichkeit der Leistung III, 9.

7. Karlsruhe 3. 4. 17, vgl. IV B b, dd zu § 157 BGB.

8. **RG.** 27. 3. 17, JW. 17, 715. Das im Vertrag vorgesehene Recht des Verkäufers, im Falle des Kriegs die Lieferzeit hinauszuschieben und die Ausübung dieses Rechts nehmen dem Verkäufer nicht das aus dem Gesetze sich ergebende Recht, die Lieferung gänzlich zu verweigern, wenn die infolge der kriegerischen Ereignisse notwendige Verschiebung das Wesen der Leistung in erheblichem Maße ändert.

9. Hamburg 21. 4. 17, LeipzZ. 17, 887. Soll nach dem Vertrage bei zeitweiser Unmöglichkeit z. B. im Kriege nach deren Behebung die Lieferungspflicht wieder in Kraft treten, so gilt dies auch bei Rohstoffmangel, selbst wenn nach dessen Beendigung die Verhältnisse des betreffenden Handelszweiges sich wesentlich geändert haben sollten. Ob die Änderung so umstürzend sein wird, daß gleichwohl die Vertragsbindung als erloschen anzusehen ist, kann nach Kriegsbeendigung beurteilt werden. Bis dahin ist die bejahende Feststellungsklage berechtigt. Vgl. nächste Ziffer und oben I Ziff. 9.

10. Hamburg 10. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 261. Hat der Verkäufer im September 1914 der schriftl. Äußerung des Käufers, Parteien seien darüber einverstanden, daß Käufer nach Beendigung des Kriegs weitere Abladungen zu beanspruchen habe, nicht widersprochen, so ist er nach Kriegsende zur Lieferung verpflichtet und es ist eine dahingehende Feststellungsklage zulässig.

11. **RG.** 6. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 236. Der Bekl. verzichtet dadurch, daß er kurz nach Kriegsausbruch die Lieferzeit auf Grund der Vertragsklausel hinausschob, nicht auf Geltendmachung weitergehender gesetzlicher Rechte. Er hat keineswegs zugesagt, ohne Rücksicht auf die Dauer des Krieges unter allen Umständen nach dessen Beendigung liefern zu wollen. Entscheidend ist, ob schon heute die Unmöglichkeit künftiger Beschaffung feststeht. Eine Befreiung des Bekl. würde nur dann nicht eingetreten sein, wenn es sich um eine nur vorübergehende Unmöglichkeit handelte. Allein bei der langen Dauer des Kriegs, der Unabsehbarkeit des Zeitpunkts seiner Beendigung und der Unsicherheit der künftigen

Wirtschaftslage trifft das Gegenteil zu. Werden sich die gegenwärtigen Hindernisse in Zukunft beseitigen lassen, so kann das nur zu einer Zeit geschehen, die für die Erreichung der beiderseitigen Vertragszwecke nicht mehr in Betracht kommt. Deshalb ist dauernde Unmöglichkeit anzunehmen.

12. Hamburg 22. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 221. Ein im August 1915 abgegebenes Versprechen, nach dem Kriege einen im Juni 1914 abgeschlossenen Vertrag (auf Lieferung ägyptischer Baumwolle) ausführen zu wollen, ist nicht bindend. Denn im August 1915 war die wirtschaftl. Lage im allg. so, daß, wenn man auch vielfach noch mit einer längeren Dauer des Krieges rechnete, dennoch die Rückkehr normaler Handelsbeziehungen nach dem Kriege zu erwarten war. Diese Lage hat sich seitdem von Grund auf in einer im August 1915 auch nicht entfernt zu übersehenden Weise geändert. Durch die weitere Dauer des Kriegs ist nicht nur die innere wirtschaftliche Lage Deutschlands völlig verschoben, sondern auch der feindliche Handelskrieg hat Formen angenommen, die fast jede Berechnung für die Zukunft ausschließen. Wenn aber der Verkäufer im August 1915 Lieferung nach dem Kriege zu den alten Bedingungen versprach, so hat seine ganze Berechnung jede tatsächliche Unterlage verloren, so daß die Lieferung nach dem Kriege einen völlig anderen wirtschaftlichen Charakter haben würde.

13. Aufhebung eines Kaufvertrags wegen Unmöglichkeit infolge des Krieges trotz Verlängerungsklausel. Hamburg 17. 10. 16, LeipzZ. 17, 351, R. 17, 163. Es handelt sich um einen Vertrag vom Juni 1914; Lieferzeit Februar/März 1915. Alle derartigen langfristigen Verträge sind durch die stete Möglichkeit einer Konjunkturveränderung mit einem erheblichen Risiko für beide Teile verknüpft. Die Parteien haben auch von vornherein damit gerechnet, daß in der Zeit bis zur Lieferung Umstände durch höhere Gewalt eintreten können, durch die die Abladung oder Beförderung der Ware behindert werden könne. Sie haben für diesen Fall vereinbart, daß auf Verlangen des Verkäufers die Lieferzeit eine der Dauer solcher Behinderung entsprechende Verlängerung erfahre. Dabei hat man aber nur mit gemessenen Zeiträumen gerechnet. Der Käufer nämlich sollte berechtigt sein, binnen 6 Tagen, nachdem ihm jenes Verlangen des Verkäufers bekannt gegeben ist, seinerseits zu verlangen, daß bei einer länger als 4 Wochen dauernden Behinderung die Lieferzeit gegen entsprechenden Preisaufschlag um 1 Jahr hinausgeschoben werde. Diese Vereinbarung zeigt, daß beide Teile davon ausgingen, daß mit einem Aufschub der Lieferung von äußersten Falls wenig mehr als einem Jahr gerechnet werde. Da aber das Ende der Behinderung (Krieg) hier nicht abzusehen und die Erfüllung des Verkäufers, wenn Käufer sie noch nach Beendigung des Krieges verlangen dürfte, unter ganz anderen als den von den Parteien angenommenen Verhältnissen erfolgen müßte, der wirtschaftliche Inhalt also ein ganz anderer sein würde, ist die Erfüllung unmöglich.

14. Vgl. unten III Ziff. 3, 8, 9, 15.

III. Unmöglichkeit der Leistung im allgemeinen. (Vgl. auch Ziff. II.) 1. **RG.** 23. 1. 17, DJZ. 17, 615, HansGZ. 17 Hbl. 126, R. 17, 120. „Verhinderung" der Lieferung liegt nicht vor, wenn zwar die unmittelbare Versendung, nicht aber eine solche über neutrale Länder unmöglich ist. Der Verkäufer kann sich nach Treu und Glauben dem Ansinnen des Käufers, diese Verschiffungsart zu wählen, nicht widersetzen, nachdem Käufer sich zum Ersatz der Mehrkosten bereit erklärte. Vgl. unten V B 8.

2. Frankenburger, BayRpflZ. 17, 9. Unter Abgehen von seiner früheren Ansicht (**RG.** 57, 119), wonach der Lieferungspflichtige sich auf Leistungsunmöglichkeit i. S. des § 279 BGB. solle berufen können, wenn die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Gattung so schwierig geworden ist, daß sie billigerweise niemandem zugemutet werden kann, hat das **RG.** 21. 3. 16 den Verkäufer aus den vor Kriegsbeginn geschlossenen Verträgen für leistungspflichtig erklärt, auch wenn er hierdurch die schwersten Schäden erleide. Diese auch von Hachenburg, JW. 16, 831 und Kahn, LeipzZ. 17, 1165 bekämpfte An-

sicht ist nicht zu billigen, vielmehr muß dem Verkäufer die Berufung auf § 138 BGB. gestattet sein. — Gegen die Zulässigkeit der Anwendung des § 138 BGB. wendet sich Klein, BayRpflZ. 17, 77. Vgl. unten IV 1.

3. Hamburg 3. 11. 16, LeipzZ. 17, 418. Erfüllungsverschiebung. Durch die Klausel: „Betriebsstörungen, Krieg entbinden von der Einhaltung vereinbarter Liefertermine, ohne die sonstigen Abmachungen aufzuheben" wird Verkäufer nur von der Lieferung zur vereinbarten Zeit, nicht aber von der Lieferungspflicht befreit. Daran wird auch durch behördliche Beschlagnahme der Ware nichts geändert.

4. **RG.** 8. 5. 17, WarnE. 17, 252. Ist bei einem Kauf von Garn aus ostindischer Baumwolle die Verwendung neuer Ernte nicht besonders zum Vertragsinhalt gemacht, dann begründet der Umstand, daß „normalerweise meistenteils" neue Ernte versponnen wird, diese aber infolge des Krieges nicht mehr hereinkommt, keine Unmöglichkeit der Leistung.

5. Hamburg 26. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 211, R. 17, 516. Die Klausel „kriegsüblicher Vorbehalt" hat nicht die Bedeutung, daß der Verkäufer frei wird, wenn er infolge der Einwirkung des Krieges nicht zu liefern vermag. Mag eine möglichst kurze Fassung der Klauseln auch üblich sein, so müssen sie doch entweder für sich allein oder unter Heranziehung des Handelsbrauchs so deutlich sein, daß sie den gewollten Sinn auch deutlich ergeben. Die vorliegende Fassung ergibt aber keinen greifbaren Sinn.

6. **RG.** 25. 4. 17, DJZ. 17, 760. „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten; neue Regierungsmaßnahmen zu Lasten Käufers ohne Ersatzanspruch" deckt auch den Fall, daß Verkäufer nicht liefern kann, weil sein Vormann nicht liefert, zumal wenn es sich um ausländische Lebensmittel handelt.

7. **RG.** 5. 6. 17, R. 17, 403. Der Vorbehalt der „Behinderung durch kriegerische Operationen" ist bei bald nach Kriegsbeginn geschlossenen Verträgen eng auszulegen.

8. Bamberg 24. 4. 17, JW. 17, 774. Verschiebung der Erfüllung eines im Mai 1914 getätigten Abschlusses bis zum Kriegsende kann wegen völligen wirtschaftl. Umschwungs in der betr. Ware zur Befreiung wegen dauernder Unmöglichkeit führen.

9. **RG.** 12. 7. 17, IV F d zu § 157 BGB.

10. Hamburg 22. 5. 17, R. 17, 517. Auch während des Krieges abgeschlossene Lieferungsverträge können wegen der langen Kriegsdauer rückgängig gemacht werden.

11. **RG.** 6. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 236, HoldheimsMSchr. 17, 233. Bei einer Lieferungsverpflichtung ist die Leistung durch den Krieg trotz der Möglichkeit einer nach Friedensschluß noch zu bewirkenden Leistung unmöglich geworden, wenn der Wegfall der der Leistung jetzt entgegenstehenden Hindernisse erst zu einer Zeit eintreten wird, die für die Erreichung der beiderseitigen Vertragszwecke nicht mehr in Betracht kommt.

12. Hamburg 8. 5. 17, R. 17, 557. Die infolge des Krieges eingetretenen wirtschaftl. Verhältnisse können selbst dann den Verkäufer von der Lieferung befreien, wenn er noch während des Krieges erklärt hatte, er behalte sich für die Lieferung den Eintritt normaler Verhältnisse vor.

13. Dresden 1. 2. 17, JW. 17, 864. Das Recht, die Lieferung wegen der Kriegsverhältnisse zu verweigern, fällt weg, wenn wegen dieser Verhältnisse eine vergleichsweise Heraufsetzung des Preises erfolgt ist.

14. Hamburg 8. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 245. Bei einem während des Krieges abgeschlossenen Lieferungsvertrag, der unter Vorbehalt des Eintritts normaler Verhältnisse eingegangen wurde, darf der Lieferant sich mit Rücksicht auf die Länge des Krieges vom Vertrag jedenfalls dann lossagen, wenn er eine unbedingte Zusage der Lieferung nach dem Kriege nicht geben wollte, sondern den Abschluß unter dem erwähnten Vorbehalt nur deshalb einging, weil er die Wiederkehr normaler Verhältnisse binnen kurzem erwartete.

15. **RG.** 12. 7. 17, DJZ. 17, 1029, LeipzZ. 17, 1248. Eine infolge des Krieges notwendig gewordene zeitl. Verschiebung der Leistung kann als ein der Unmöglichkeit gleich

zu achtender Umstand die Befreiung des Schuldners herbeiführen. Haben aber die Parteien, wie hier, im Oktober 1914, also zu einer Zeit, in der das hinderliche Ereignis schon wirksam war, eine besondere Vereinbarung dahin getroffen, daß nach Wiedereintritt geordneter Verhältnisse zu liefern sei, so kann mit Rücksicht auf diese Vereinbarung die Anwendung des angeführten Rechtssatzes abgelehnt werden. Die Verkäuferin will das Recht zur Annullierung daraus ableiten, daß die zeitliche Erstreckung des Krieges und die Einwirkung auf die wirtschaftl. Verhältnisse viel weiter reichten, als im Oktober 1914 allgemein angenommen worden sei. Sie macht also nicht besondere neue Ereignisse geltend, sondern beruft sich nur darauf, daß der Hinderungsgrund nachträglich einen Grad erreicht habe, mit dem die Parteien nicht gerechnet hatten. Nach der Meinung des OLG. läßt das im Oktober Vereinbarte die Berufung auf diesen Befreiungsgrund nicht zu, weil schon damals mit der Möglichkeit einer längeren als der erwarteten Kriegsdauer immerhin zu rechnen gewesen sei und weil die Parteien den Willen, dem Vereinbarten nur für eine kürzere Kriegsdauer Geltung zu verleihen, in keiner Weise zum Ausdruck gebracht hätten.

16. Breslau 8. 3. 17, BreslAK. 17, 41, R. 17, 516. Die Klausel, daß Ein- und Ausfuhrverbote deutscher oder ausländischer Regierungen den Verkäufer berechtigen sollen, den geschlossenen Vertrag aufzuheben, betrifft, sofern sich nicht aus besonderen Umständen ein gegenteiliger Wille ergibt, auch den Fall, daß der Verkäufer bei Eintritt jener Voraussetzung sich bereits in Lieferungsverzug befand.

17. **RG.** 10. 11. 16, vgl. IX 2 zu § 275.

IV. Einzelne Unmöglichkeitsgründe.

1. Preissteigerung. a) **RG.** 21. 3. 16; 88, 172. Der Verkäufer wird nicht dadurch von der Lieferpflicht frei, daß der Marktpreis infolge des Krieges in unvorhergesehenem Maße gestiegen ist.

b) Mothes, R. 17, 92 wendet sich gegen diese Rechtspr. des RG.; er hält unter Bezug auf SeuffA. 71, 263 einen Ausgleich dieser Mehrkosten zwischen dem Lieferanten und Abnehmer für billig.

c) **RG.** 17. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 110, LeipzZ. 17, 537. Im Hinblick auf die ausdrückl. Vertragsbestimmung „lieferbar längstens Ende 1914" sowie auf die nach Abschluß des Vertrags eingetretene außerordentliche Steigerung der Lederpreise ist die Annahme gerechtfertigt, daß der erst im April 1915 — also lange nach Ablauf der für den Abruf bestimmten Frist — und unter veränderten Marktverhältnissen stattgefundene Abruf den Grundsätzen von Treu und Glauben widerstreitet.

d) Dresden 1. 2. 17, JW. 17, 864. Das Recht, die Lieferung unter Bezugnahme auf die Kriegsverhältnisse zu verweigern, entfällt, wenn wegen dieser Verhältnisse eine vergleichsweise Heraufsetzung des Kaufpreises stattgefunden hat.

e) Vgl. oben III, 2.

2. Lieferungssperre; Ein- und Ausfuhrverbote. a) Reichel, LeipzZ. 17, 313. Verpflichtet sich jemand, eine Ware zu liefern, die er nur auf bestimmtem Wege beziehen kann und wird ihm dieser Weg durch eine gegen ihn verhängte Lieferungssperre zwingend verschlossen, so befindet er sich in der Unmöglichkeit der Leistung und der Vertrag ist aufgehoben. Z. B. der Verkäufer, der sich zur Lieferung englischer Baumwolle verpflichtet hatte, wird von England auf die „schwarze Liste" gesetzt, bekommt folglich von England nichts mehr geliefert, kann auch sonst woher keinen Ersatz beschaffen. Nicht anders liegt die Sache, wenn die Lieferungssperre nicht den Verkäufer, sondern den Käufer betrifft. Beispiel: V. in Basel verkauft an K. dort deutsche Kohlen; Deutschland verhängt über K. Lieferungssperre und benachrichtigt den V., daß man dem K. deutsche Kohlen nur unter der Bedingung liefern werde, daß er sie nicht an V. weiter liefere. Auch hier ist der Kaufvertrag hinfällig geworden. 2 Fälle sind denkbar: Geht V. die verlangte Verpflichtung nicht ein, so bekommt er selbst nicht geliefert, befindet sich also in physischer Unmöglichkeit der Lieferung. Geht er aber die Verpflichtung ein, so muß er sie auch halten,

um nicht in Zukunft bei Vertragsbruch selbst der Lieferungssperre zu verfallen; diese moralische Unmöglichkeit steht der physischen gleich.

b) Hamburg 9. 11. 16. Vgl. § 346 V C Ziff. 1.

c) Jaffé, R. 17, 89. Einfluß von Einfuhrverboten auf die Vertragspflicht inländ. Verkäufer gegenüber inländ. Käufern, vgl. Ziff. 4 zu 306 BGB.

d) **RG.** 2. 3. 17, LeipzZ. 17, 657, WarnE. 17, 162. Ein Einfuhrverbot ist für die Frage der Unmöglichkeit der Leistung dann ohne Belang, wenn es sich nach dem Vertrage nicht um ein Abladegeschäft, sondern um ein Geschäft über Lieferung in Hamburg befindlicher — wenn auch aus Amerika eingeführter — Ware handelt und deshalb der Verkäufer ab Lager erfüllen konnte und mußte. Der Verkäufer kann auch nicht einwenden, daß jetzt (z. Z. der Vertragserfüllung) die nötige Locoware in Hamburg nicht greifbar sei; es wäre seine Sache gewesen, der Abschneidung der Einfuhr Rechnung zu tragen und sich anderweit einzudecken. Die Unmöglichkeit einer solchen anderweiten Eindeckung mit im Inland befindlicher Ware im August ist nicht behauptet.

e) **RG.** 21. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 47. Ein Ausfuhrverbot bezüglich der gekauften Ware ist nicht geeignet, eine dauernde Unmöglichkeit der Lieferung zu begründen; denn erfahrungsgemäß werden solche Maßregeln öfters gänzlich wieder aufgehoben, auch werden Ausnahmen zugestanden.

f) **RG.** 13. 2. 17, R. 17, 174. Ausfuhrschwierigkeiten, die ein ausländischer privater Überseetrust dem deutsch. Verkäufer bei der Beschaffung der Ware aus dem neutralen Ausland macht, berechtigen ihn seinen Abnehmern gegenüber jedenfalls dann nicht zur Berufung auf die Ausfuhrverbotsklausel des Vertrags, wenn diese Schwierigkeiten bereits beim Abschluß bestanden und bis zur Erfüllungszeit sich nicht wesentlich erhöhten, sondern erst während des Verzugs.

g) **RG.** 22. 11. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 134 BGB.

h) Hat der Verkäufer oder Käufer die Aus- oder Durchfuhrerlaubnis zu beschaffen? Hamburg 2. 11. 16, vgl. VIII 3 zu § 275 BGB.

i) Hamburg 5. 6. 17, R. 17, 403. Ist in einem mit einem Ausländer geschlossenen Vertrag erklärt: „Für diese Partie ist die Ausfuhrerlaubnis bereits erteilt", so ist diese Erklärung als Zusicherung des Verkäufers aufzufassen; daran ändert auch nichts die weitere Vertragsbestimmung. „Sollte indessen wider Erwarten die Ausfuhr unmöglich sein, so ist dieser Abschluß aufgehoben".

k) **RG.** 30. 6. 17, WarnE. 17, 389. Wenn nach dem Vertrag nur „Verladungsbehinderung durch Ausfuhrverbot" den Verkäufer befreien soll, die Verladung aber durch das Ausfuhrverbot nicht gehindert ist, wird Verkäufer gleichwohl frei; denn die Vertragsauslegung der Klausel dahin, daß der Vertrag auch dann aufgehoben sei, wenn durch das Ausfuhrverbot zwar nicht die Einladung, wohl aber die Überführung der Ware in die Verfügungsgewalt des Käufers behindert werde, ist nicht rechtsirrig.

l) Hamburg 14. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 264. Bei einem Kaufvertrag über Fett dänischer Herkunft unter dem Vorbehalt eines dänisch. Ausfuhrverbots ist der Verkäufer frei, wenn zwar kein dänisch. Ausfuhrverbot ergangen war, die dänisch. Behörden aber die Verkäufer an der Beförderung der Ware über die Grenze hinderten.

m) **RG.** 14. 11. 16, R. 17, 74. Aus dem Umstand, daß ausländ. Ware den Gegenstand eines Kaufes bildete und daß ausdrückl. Abreden über Zollabrechnung gepflogen wurden, ergibt sich noch keineswegs, daß nur mit solcher Ware erfüllt werden sollte, die im Ausland lagere. Dies ist bei Einfuhrhindernissen zufolge des Kriegs von Wichtigkeit.

n) **RG.** 22. 12. 16, R. 17, 76. Es begründet einen erheblichen Unterschied, ob in einem Kaufvertrag eine positive Verpflichtung des Käufers zur Ausfuhr enthalten ist oder nur eine negative Beschränkung dahin, daß die Ware nicht im Inland gehandelt werde. Dem letzteren Verbot ist dadurch genügt, daß die Ware im Inland nicht in den Verkehr gebracht wird, gleichgültig, was sonst mit ihr geschieht. So wenig deshalb

ein solches Verbot den Käufer hindern würde, aus freien Stücken zunächst die Ausfuhr zu unterlassen und die Ware beliebig lange im Inland zu lagern, so wenig kann ein zeitweilig äußeres Ausfuhrhindernis, selbst von unabsehbarer Dauer, den Lieferungsanspruch aufheben. Auch die Möglichkeit einer Inanspruchnahme der Ware für das Heer bleibt außer Betracht. Vgl. § 346 unter VI, 3 b.

3. Beschlagnahme.

Schrifttum: Lehmann, Kriegsbeschlagnahme, Jena 1916.

a) **RG.** 30. 1. 17, WarnE. 17, 99. Wenn der Verkäufer das von ihm selbst herzustellende Mehl infolge behördlicher Beschlagnahme nicht liefern kann, ist er weder zum Schadensersatz noch zur Ersatzlieferung verpflichtet.

b) **RG.** 23. 1. 17, HoldheimsMSchr. 17, 150 (mit Datumsangabe 28. 1.), LeipzZ. 17, 466, WarnE. 17, 101. Wenn der Verkäufer von Mehl zur Aufrechterhaltung seines bisherigen Geschäftsbetriebes im wesentlichen darauf angewiesen war, zwecks Herstellung des Mehls Getreidevorräte von Landwirten und Händlern zu kaufen und wenn durch die Beschlagnahme des Getreides bei diesen in dem Kreise O., aus dem er bisher sein Getreide bezog, und in den benachbarten Kreisen die hauptsächlichen bisherigen Bezugsquellen versperrt werden, so liegt hierin eine als höhere Gewalt zu erachtende, den Verkäufer befreiende Störung des Geschäftsbetriebes.

c) **RG.** 19. 6. 17, R. 17, 406. Es ist Sache des Lieferungsschuldners, die erforderliche Stofffreigabe zu erwirken.

d) **RG.** 19. 6. 17, R. 17, 406. Tritt die Unmöglichkeit der Lieferung erst durch eine nachträgliche ausdehnende Auslegung einer Beschlagnahmeverfügung seitens der Behörde ein, so hat sie der Schuldner trotz gutgläubiger Ausführung der früheren Lieferungen nicht zu vertreten, wenn er sich nicht bereits in Verzug befindet.

e) **RG.** 23. 1. 17, R. 17, 119. Bei Mehllieferungen einer Großmühle aus eigener Herstellung wird durch die Kriegsklausel die Verkäuferin schon dann befreit, wenn zwar nicht das Getreide der Mühle selbst, wohl aber der sie versorgenden Landwirte und Händler beschlagnahmt ist.

f) Hamburg 30. 11. 16, vgl. IV B b cc zu § 157 BGB.

g) **RG.** 19. 1. 17, vgl. IV A d zu § 157 BGB.

h) Dresden 23. 1. 17, JW. 17, 615, LeipzZ. 17, 554, R. 17, 367. Ungültige Beschlagnahme; beschränkte Beschlagnahme. Die fraglichen Beschlagnahmeverfügungen der kommandierenden Generäle sind gültig erlassen. Es würde aber übrigens auch dann, wenn die Verfügungen nicht gültig wären, dem Verkäufer nicht verdacht werden können, daß er sich auf die Gültigkeit der Verfügung verlassen und sich ihnen unterworfen hat. Denn nachdem die Verfügungen einmal in amtlicher Form und deshalb mit der Vermutung der Gesetzesmäßigkeit erlassen waren, konnte, solange die Ungültigkeit nicht einwandfrei dargetan war, dem Verkäufer als Laien nicht zugemutet werden, sich über die behördlichen Anordnungen hinwegzusetzen. Geht die Beschlagnahmeverfügung dahin, daß die Waren nicht schlechthin, sondern nur mit der Maßgabe beschlagnahmt sind, daß sie nur an solche Käufer geliefert werden dürfen, die sie „nachweislich" zu Heereslieferungen verwenden, dann hat der Lieferberechtigte diese Verwendung durch den Nachweis fester, nicht nur erwarteter Heeresaufträge darzutun. Nicht braucht der Lieferpflichtige abzuwarten, ob der Lieferberechtigte sich derartige Aufträge verschaffen werde. — Vgl. hierzu Plum, JW. 17, 615: „Der Verkäufer kann dem Käufer nach § 326 BGB. eine Frist setzen zur Erklärung, ob er schon Heeresaufträge habe."

i) Dresden 18. 1. 17, DJZ. 17, 619, R. 17, 322. Zusicherung der Verwendungsfreiheit einer Ware bezieht sich nicht nur auf die Zeit des Kaufabschlusses, sondern auch auf die Zeit der Lieferung. Ist die Ware zu letzterer Zeit beschlagnahmt oder sonst in der Verwendung beschränkt, so kann der Käufer zurücktreten oder wandeln, je nachdem man einen Mangel im Rechte oder einen Sachmangel annimmt.

k) Hamburg 18. 1. 17, DJZ. 17, 620, OLG. 35, 297. Der Verkauf der Ware ist nicht deshalb nichtig, weil die Ware beschlagnahmt war und ohne Genehmigung des Kriegsministeriums nicht verkauft werden durfte. Parteien haben nicht beabsichtigt, dem Verbot zuwider zu handeln, sondern haben das Geschäft unter der Bedingung nachträglicher Genehmigung seitens des Kriegsministeriums geschlossen. Erfolgt die Genehmigung nicht, so hat jede Partei der anderen die gemachte Leistung zurückzugewähren.

l) RG. 24. 5. 17, WarnE. 17, 246. Der Verkäufer, der nach Abschluß des Vertrags nicht etwa die Eindeckung mit der Ware hinausgeschoben hat, um die Konjunktur auszunützen, wird von der Lieferungspflicht frei, wenn die gehandelte Ware infolge des Kriegs beschlagnahmt wird und ihre Beschaffung aus zweiter Hand nicht bloß schwierig und kostspielig, sondern überhaupt fraglich ist, auch von einem marktgängigen Preis nicht gesprochen werden kann, wenn also die Ware mit Mitteln, mit denen im Verkehr gerechnet wird, nicht anzuschaffen war.

m) RG. 11. 5. 17, WarnE. 17, 247. Der Verkäufer kann sich auf eine Beschlagnahme nicht berufen, wenn er sich bei ihrer Verfügung bereits im Verzug befand.

n) RG. 9. 2. 17, HoldheimsMSchr. 17, 94. Beschlagnahme des Materials ist höhere Gewalt und erschwert den Geschäftsbetrieb wesentlich auch dann, wenn die Beschlagnahme so viel Material frei läßt, daß der Lieferant damit seine Lieferungspflicht gegen den Käufer erfüllen kann.

o) Einfluß einer Beschlagnahme auf ein Kommissionslager. Colmar 14. 2. 17, ElsLothZ. 17, 163. Wenn in dem von einer Fabrik mit einem Verkaufskommissionär geschlossenen Vertrag bestimmt ist, daß bei Auflösung des Vertrags „vom Kommissionslager etwa fehlende Stücke dem Kommissionär als fest verkauft in Rechnung gestellt werden", so ist das nicht dahin auszulegen, daß auch Stücke, die durch die Militärbehörde als Kriegsleistung beim Kommissionär beschlagnahmt werden, als verkauft zu gelten haben; denn an den Fall der Enteignung haben die Parteien bei Vertragsabschluß nicht gedacht. Doch ist nach Treu und Glauben der Kommissionär berechtigt, den Fall so zu behandeln, als ob die requirierten Sachen von ihm dem Militärfiskus verkauft worden seien. Da die vom Militärfiskus gezahlte Vergütung in der Regel den Preis übersteigen wird, den der Kommissionär an den Kommittent zu zahlen hat, so wird der Kommissionär von diesem Recht meist Gebrauch machen. Will er es nicht tun, dann kann er die Bezahlung der requirierten Stücke ablehnen und demgemäß die vom Fiskus dafür geschuldete Vergütung dem Kommittenten überlassen.

p) München 27. 12. 16, JW. 17, 618, R. 17, 370. Der Kfm. ist nicht verpflichtet, den aus einem unvorhergesehenen Ereignis, z. B. einer militärischen Beschlagnahme durch Änderung der Marktlage drohenden Schaden auf sich zu nehmen, um den anderen Vertragsteil vor Schaden zu bewahren. Er braucht deshalb nicht ein ihm zugegangenes vorteilhaftes Angebot abzulehnen, weil bei Annahme eine inzwischen ergangene VO. dem Gegner Schaden bringen wird.

q) RG. 29. 6. 17. Provisionsanspruch des Agenten für Abschlüsse in beschlagnahmter Ware. Vgl. Ziff. 7 zu § 88.

r) RG. 5. 10. 17, R. 17 Nr. 1963. Auch bei drohender Beschlagnahme einer Ware braucht der Verkäufer nicht früher, als vertragsmäßig bestimmt, mit der Lieferung zu beginnen.

4. Wegnahme des Schiffes durch den Feind. Vgl. Hamburg 29. 6. 16, HansGZ. 17 Hbl. 17 (s. § 346 V B Ziff. 3), ferner Hamburg 16. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 53 (§ 346 V B Ziff. 4), RG. 13. 3. 17, vgl. unten V Ziff. 2a.

5. Reichel, LeipzZ. 17, 382. Drohender Feindeseinfall und die infolge der hierdurch eingetretenen Massenpanik herbeigeführte Unmöglichkeit der Versendung einer Ware ist höhere Gewalt.

6. Waggonmangel, Hamburg 14. 12. 16, DJZ. 17, 442. Vgl. § 346 V C Ziff. 14.

7. Unmöglichkeit der Verschiffung s. § 346 V A Ziff. 2.

8. Fob- und Cif-Geschäfte s. § 346 V A u. B.

V. Der Krieg und das Abladegeschäft (**RG.** 21. 11. 16, vgl. § 346 VI 5). Vgl. hierzu die Zusammenstellung der Rechtspr. durch Plum, JW. 17, 943.

1. Hamburg 1. 11. 16, LeipzZ. 17, 763. Vgl. § 346 V C 12.

2. Abladegeschäft und Cif-Klausel; Erfüllungsort; Gefahrtragung.

a) **RG.** 13. 5. 17, HansGZ. 17 Hbl. 153, JW. 17, 767. Bei überseeischen Abladegeschäften, die die Cif-Klausel enthalten und ganz besonders bei solchen, die auf Grund der Usancen für den Handel mit Kolonialwaren usw. abgeschlossen sind, muß der überseeische Abladeplatz als Erfüllungsort für die Lieferung gelten, es sei denn, daß eine ausdrückl. Bestimmung oder der Zusammenhang des Vertrags etwas anderes ergibt. Auf einen von der Regel abweichenden Willen der Parteien läßt sich aus dem Inhalt des streitigen Vertrages nicht schließen. Die Klausel: „Zahlung gegen Dokumente bei Eintreffen des Dampfers auf der Elbe" wird vom BerG. mit Recht übereinstimmend mit dem erkennenden Senat (vgl. RG. 87, 134, JW. 15, 1122 u. 16, 1194) nicht als Bedingung, sondern als bloße Zeitbestimmung verstanden, so daß die Reisegefahr (Fallen des Schiffes in Feindeshand) den Käufer trifft. Wenn die Revision einwirft, daß man zu dieser Auslegung nur auf Grund der Entstehungsgeschichte und des wirtschaftlichen Zweckes der Klausel hätte kommen dürfen, so ist daran nur so viel richtig, daß eine eingehendere Untersuchung dieser Punkte möglicherweise Gründe für die Entscheidung hätte liefern können und daß jedenfalls eine nur auf juristischer Dialektik beruhende Auslegung nicht genügen würde. Eine solche gibt das BG. aber auch nicht. Es spricht aus, daß die Klausel nur für den Wegfall der Ankunft des Dampfers gemeint ist und für den Ausnahmefall, daß der Dampfer nicht ankommt, nichts bestimmen soll. Das ist eine tatsächliche Auslegung. — Zustimmend Wüstendörfer, JW. 17, 767: Eine gegenteilige Auslegung entspräche nicht dem üblichen Sinne des Cif-Geschäftes auf Abladung, über den, anders als bei der umstrittenen Fob-Klausel, Rechtsprechung und kaufmännische Auffassung einig sind.

b) Hamburg 30. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 69 (s. § 346 V B Ziff. 6).

c) **RG.** 10. 7. 17, JW. 17, 970, R. 17 Nr. 1785 (s. § 346 V B Ziff. 7). Abladegeschäfte mit dem Bestimmungshafen als Erfüllungsort sind handelsüblich, wenn auch die Erfüllung vom überseeischen Abladeplatz häufiger ist. Für ersteren Erfüllungsort spricht die Einrechnung von Fracht- und Seeversicherung in den Kaufpreis, Erstreckung der Lieferzeit bei Aufruhr, Streik, Verzicht auf Wandlung bei beschädigter Ankunft, Vereinbarung der Hinfälligkeit des Vertrags bei Hinderung der Verschiffung oder der Ablieferung durch Krieg und dergl. oder bei Nichtankunft der Ware mit dem bestimmten Dampfer. Solchenfalls ist auch die Ersetzung von „ex Kai" durch „cif" belanglos; denn auch Cif-Geschäfte können auflösend bedingt sein.

d) **RG.** 1. 12. 16, vgl. 9 a zu § 269 BGB.

3. Hamburg 30. 1. 17, vgl. § 346 V B Ziff. 6.

4. Abladegeschäft im Binnenverkehr. Hamburg 1. 11. 16, LeipzZ. 17, 288, OLG. 34, 19, R. 17 Nr. 97, SeuffA. 72, 115. Die Verkehrsanschauung, die beim Abladegeschäft in der Vereinbarung einer bestimmten Abladezeit eine so wesentliche Vertragsbestimmung sieht, daß bei ihrer Nichteinhaltung der Käufer den Vertrag nicht als erfüllt gelten zu lassen braucht, gilt für den binnenländischen Verkehr nicht; ein Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung steht also dem Käufer nur zu, wenn die Voraussetzungen des § 376 HGB. oder § 326 Abs. 2 BGB. vorliegen. Ebenso **RG.** 16. 2. 17; 89, 419. Vgl. auch § 346 V, 21.

5. **RG.** 23. 1. 17, vgl. I 8 a zu § 433 BGB.

6. **RG.** 2. 1. 17, vgl. I 8 b zu § 433 BGB.

7. Hamburg 29. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 44, JW. 17, 376. Es ist zwar beim Vertragsabschluß nicht ausdrückl. vereinbart worden, daß dem Käufer das Recht eingeräumt sein soll, ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die (über-

seeische) Ware nicht zu der Zeit eintraf, wo sie unter normalen Verhältnissen in Hamburg erwartet werden konnte Es muß dies aber aus der Eigenschaft des Geschäftes und den besonderen Umständen entnommen werden. Der Vertrag ist in den ersten Kriegsmonaten geschlossen, zu einer Zeit, als der Abwicklung des Handelsverkehrs mit dem Ausland ernste Schwierigkeiten erwachsen waren. Ausfuhrverbote drohten. Mit der Sperrung der Grenzen mußte gerechnet werden. Der Preis der gehandelten Ware unterlag starken Schwankungen. Die hierdurch hervorgerufene Unsicherheit, deren möglichste Verkürzung im Interesse beider Vertragsteile lag, mußte es ihnen klar machen, daß die Lieferung innerhalb der vorgesehenen Frist die unentbehrliche Voraussetzung für die Vertragserfüllung war und daß dem Käufer nicht zugemutet werden konnte, dem säumigen Verkäufer weitere Gelegenheit zur Lieferung zu geben. Diese Auffassung der Abladeklausel entspricht der kaufmännischen Anschauung. Vgl. § 376 Ziff. 3.

8. Bedeutung einer Nachlieferungsabrede für das Abladegeschäft. Hamburg 30. 6. 16, JDR. 15 § 346 IX 4, auch SeuffA. 72, 54. Vgl. auch oben unter II.

9. Hamburg 18. 1. 17, R. 17 Nr. 685. Vgl. unten § 346 V C 21.

10. Hamburg 20. 2. 17, R. 17 Nr. 910. Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe der Konnossemente beim Cif-Abladegeschäft, s. § 346 V B 9.

11. **RG.** 12. 7. 17, DJZ. 17, 966, JW. 17, 927, WarnE. 17, 306. Nach feststehender Rechtspr., die sich auf einen seit lange bestehenden Handelsbrauch gründet, gilt bei Verkäufen auf Abladung von überseeischen Plätzen die vereinbarte Zeit der Verschiffung als wesentlich, so daß weder der Verkäufer die Abnahme noch der Käufer die Lieferung einer späteren Abladung fordern kann. Da Verkäufer die Ware cif Hamburg zu liefern hatte, so war er zunächst nur verpflichtet, die Ware zur Beförderung mit einem auf direktem Wege nach Hamburg fahrenden Schiffe in Lissabon abzuladen, schon deshalb, weil eine Beförderung indirekt nach Hamburg auf dem Wege über neutrale Länder die Verschiffungskosten, zu deren Tragung Verkäufer sich verpflichtet hatte, verteuerte. Da nun eine Verschiffung der Ware von Lissabon direkt nach Hamburg seit Kriegsausbruch, also während der vertraglichen Abladezeit unmöglich geworden ist, ist Verkäufer von seiner Verpflichtung befreit. Eine Pflicht, die Beförderung der Ware nach Hamburg auf anderem Wege (indirekt über neutrale Länder) herbeizuführen, ist nicht begründet. Ob beim Cif-Geschäft auf Abladung der Käufer unter Angebot des Ersatzes der Mehrkosten eine andere Verschiffung verlangen kann, hat das BerGericht nicht entschieden. Jedenfalls ist zur Begründung einer solchen Pflicht erforderlich, daß der Käufer sie unter Angebot der Mehrkosten ausdrücklich verlangt; das Verlangen kann nur innerhalb der Abladefrist gestellt werden. Vgl. § 346 V B 7.

12. Hamburg 14. 12. 16, SeuffA. 72, 283. Es ist eine Ware verkauft worden, die seitens der Verkäuferin im Juli 1914 von Amerika zu verladen und „cif Hamburg oder Häfen gleicher Frachtparität, andere Häfen mit dem üblichen Aufschlag in Käufers Wahl, netto Kasse gegen Dokumente" zu liefern war. Daß bei einem solchen Vertrage der Abladehafen für die Vertragspflichten des Verkäufers jedenfalls insoweit der Erfüllungsort ist, als es sich um die Übergabe der verkauften Ware an den Käufer handelt und daß mit ihrer Auslieferung an den Schiffer die Gefahr der Ware regelmäßig auf den Käufer übergeht, ist anerkannten Rechtes. Bildet, wie hier, eine nur der Gattung nach bestimmte Ware den Gegenstand des Kaufs, so muß noch die Verladungsanzeige hinzukommen. Diesen Verpflichtungen ist die Verkäuferin nachgekommen. Wurde demnächst, nachdem am 1. 8. 14 der Krieg ausgebrochen und die Reederei nach § 629 Ziff. 2 vom Frachtvertrag zurückgetreten war, die Ware aus dem Schiff ohne Zutun des Verkäufers ausgeladen, so hat Verkäufer diesen Umstand nicht zu vertreten.

§ 346.

I. Anwendung des § 346 auf Kleinkaufleute.

Posen 15. 1. 17. Vgl. unten III Ziff. 4.

II. Vertragsschluß.

1. **RG.** 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1127. Den Schlußnoten kommt eine formelle Beweiskraft nicht zu. Allerdings ist aus der vorbehaltslosen Annahme der Note in der Regel die Genehmigung des Geschäftes entsprechend dem Inhalt der Schlußnote zu folgern. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn bei Übergabe der Note der eine Teil dem anderen sofort erklärt hat, daß er das Geschäft nur unter einer anderen, im Schlußschein nicht angegebenen Bedingung abschließen wolle.

2. **RG.** 3. 4. 17, R. 17 Nr. 1131. Wird ein Verkauf von dem bevollmächtigten Vertreter eines Handelshauses — Agent oder Reisenden — auswärts fest abgeschlossen, so entspricht es der Handelssitte, daß das Geschäft von dem Hause unmittelbar bestätigt wird. In diesem Falle dient der Bestätigungsbrief nicht dem Abschluß des Geschäftes, sondern der urkundl. Feststellung des bereits abgeschlossenen Vertrags.

3. **RG.** 20. 4. 17, DJZ. 17, 898, LeipzZ. 17, 853. Das OLG. hat darin recht, daß ein im Anschluß an einen mündl. Vertragsabschluß ausgehändigtes Bestätigungsschreiben gemäß kaufmännischer Sitte in der Regel nur die Bedeutung einer Beweisurkunde für den Abschluß der Geschäftes hat. Die Urkunde hat allerdings die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich, kann aber durch den Beweis entkräftet werden, daß zufolge einer vor oder bei Abschluß des Vertrags getroffenen Vereinbarung neben den in der Urkunde enthaltenen noch andere zur Ergänzung, Erweiterung oder Einschränkung dienende Bedingungen gelten sollen.

III. Stillschweigen.

1. **RG.** 19. 12. 16, R. 17, 79. Überlanges Schweigen des Käufers auf eine Erfüllungsweigerung des Verkäufers kann unter den jetzigen Umständen selbst dann als Erfüllungsverzicht ausgelegt werden, wenn der Käufer zunächst der Berechtigung zur Erfüllungsweigerung widersprochen hatte.

2. **RG.** 19. 12. 16, R. 17 Nr. 270. Hat der Verkäufer die Erfüllung mit der Angabe verweigert, er könne die überseeische Ware von seinen Lieferern im Ausland nicht erhalten, so ist sein Einwand, daß der Käufer durch überlanges Schweigen auf die Lieferung verzichtet habe, noch nicht deshalb arglistig, weil die Ware anderweit zu beschaffen gewesen wäre.

3. **RG.** 2. 3. 17, LeipzZ. 17, 794. In Übereinstimmung mit dem geltenden Recht ist besonders auf handelsrechtl. Gebiete von der Rechtspr. das Schweigen des einen Teils auf eine Willenserklärung des anderen, die im Falle des Nichteinverständnisses eine alsbaldige Antwort erheischt haben würde, häufig als Einverständnis mit dieser Willenserklärung aufgefaßt worden. Es entspricht dies der allgemein anerkannten Rechtsnorm, wonach im Handelsverkehr das Stillschweigen eines Kaufmanns auf ein ihm von einem anderen Kaufmann gemachtes vertragliches Anerbieten als Zustimmung durch stillschweigende Willenserklärung angesehen werden kann. Ob es sich dabei um Ergänzung eines bereits geschlossenen Vertrags in Haupt- oder Nebendingen, um das Zustandekommen eines neuen oder um Aufhebung eines bestehenden Vertrags handelt, kann keinen Unterschied machen.

4. Posen 15. 1. 17, OLG. 34, 374 Anm., PosMSchr. 19, 120. Kleinkaufleute unterliegen, da sie Kaufleute i. S. des HGB. sind und eine Ausnahme in dieser Richtung nicht gemacht ist, dem § 346; deshalb hat achtwöchiges Stillschweigen auf eine Rücktrittserklärung des Gegners als Zustimmung zu gelten.

5. Hamm 11. 7. 16, OLG. 34, 374. Verkäufer war nach dem Schlußschein zur Annullierung oder Berechnung eines Preisaufschlags berechtigt, wenn die Abruftermine nicht pünktlich ohne Aufforderung inne gehalten wurden. Käufer rief verspätet ab am 8. 1. 15. Erst im März erklärte Verkäufer, er sei zur Lieferung nicht mehr verpflichtet. Verkäufer wollte offenbar die Preisbewegung abwarten und je nach dem Ergebnis liefern oder annullieren. Er war aber nach Treu und Glauben verpflichtet, seine Erfüllungsweigerung alsbald zu erklären; denn er mußte erkennen, daß sein Stillschweigen geeignet sei, die ferneren Schritte des Käufers zu bestimmen.

6. Hamm 20. 10. 16, JW. 17, 306, R. 17, 173. Erfüllt der Verkäufer trotz Zusicherung prompter Lieferung einen Kaufvertrag über Sesam- und Leinkuchen nicht, so darf der Käufer aus dem Schweigen des Verkäufers entnehmen, daß letzterer seinerseits mit der Zurückhaltung und dem Verbrauch anderer, ihm von der Gegenpartei zu liefernder Futtermittel einverstanden sei.

IV. Geschäftsbedingungen.

1. LG. Mainz 30. 11. 16, HessRspr. 17, 296. Allgemeine Lieferungsbedingungen des Großhandels sind bei Stillschweigen des Abnehmers hierauf auch dann verbindlich, wenn die dem betreffenden Abnehmer mitgeteilte Abschrift derselben unleserlich ist.

2. Hamburg 7. 7. 17, HansGZ. Hbl. 17, 252, R. 17 Nr. 2076. Die von einem Kfm. gelegentlich eines Angebots dem Gegner mitgeteilten allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten ohne besondere Bezugnahme auch für spätere Geschäfte, selbst wenn auf die erste Offerte ein Abschluß nicht erfolgt ist.

V. Handelsklauseln.

A. Fob-Klausel.

1. Hamburg 21. 12. 15, JDR. 15 § 346 B I 1 nun auch OLG. 34, 369.

2. Hamburg 22. 6. 16, HansGZ. 17 Hbl. 57. Bei einem Kaufabschluß: „Fob Bremen", hat der Verkäufer seine Verpflichtungen erfüllt, wenn er die Ware der Eisenbahn zur Beförderung übergab und wenn er in Bremen die Anlieferung der Ware ans Seeschiff ins Werk setzte. Der Käufer ist zur Bezahlung des Kaufpreises auch dann verpflichtet, wenn die Verschiffung der Ware infolge des Kriegs unmöglich wurde.

3. Transito fob Hamburg. **RG.** 21. 11. 16, vgl. unten VI 5a.

B. Cif-Klausel.

1. Abladegeschäft und Cif-Klausel; Gefahrtragung. **RG.** 1. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 85, LeipzZ. 17, 268. Bei einem Cif-Geschäft, bei dem der Verkäufer die Verpflichtung zur wirklichen Ablieferung der Ware an den Käufer übernahm, ist die Gefahr der Reise vom Verkäufer zu tragen. Vgl. oben §§ 346 ff. V, 2.

2. Bedeutung der Klausel: „Cif Antwerpen; Zahlung 3 Monate Bankrembours" für die Zahlungspflicht des Käufers. Karlsruhe 10. 10. 16, BadRpr. 17, 18. Das Cif-Geding hat auf den Gefahrübergang keinen Einfluß; die Gefahr geht auf den Käufer über, sobald Verkäufer die Ware dem Spediteur oder Frachtführer übergeben hat. Weil es sich aber beim Cif-Geding stets um einen Distanzkauf handelt, gilt zufolge Handelsübung als Regel, daß Zahlung erst dann verlangt werden kann, wenn der Käufer am Bestimmungsort in die Lage versetzt ist, über die Ware zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu untersuchen. Diese letztere Befristung fällt indessen weg, wenn feststeht oder anzunehmen ist, daß die Ware überhaupt nicht ankommen wird; dann ist der Fall des Verlustes gegeben und diesen hat vom Augenblick der Übergabe an der Käufer zu tragen. Hat der Dampfer, auf dem die Ware verfrachtet wurde, wegen des Kriegs einen neutralen Hafen angelaufen, wo er liegen blieb und besteht also die Möglichkeit, daß die Ware nach Friedensschluß ihren Bestimmungsort erreicht, so ist die Zahlungspflicht des Käufers befristet. Diese Befristung scheidet aber im vorliegenden Falle aus wegen der Klausel: „3 Monate Bankrembours". Die Begleichung des Kaufpreises sollte hiernach durch Akzeptierung eines 3 Monate nach Sicht laufenden Wechsels durch die vom Käufer zu beauftragende Bank erfolgen, und zwar hatte die Akzeptierung handelsüblich zu erfolgen gegen Ausfolgung der Schiffspapiere. Der Käufer war danach verpflichtet, die Akzeptierung schon vor Ankunft der Ware zu beschaffen; die sonst bei Cif-Verkäufen übliche Befristung bis zur Ankunft der Ware fällt also wegen der Klausel „3 Monate Bankrembours" weg.

3. Hamburg 29. 6. 16, HansGZ. 17 Hbl. 17. Bei Cif-Geschäften mit der Klausel „zahlbar gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers auf der Elbe" und „nach in Hamburg ausgeliefertem Nettogewicht" ist der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, auch wenn das Schiff unterwegs vom Feinde genommen und

die Ware eingelagert wurde; denn die Klausel „Zahlung gegen Dokumente bei Eintreffen" ist nicht als Bedingung, sondern als bloße Zeitbestimmung zu verstehen und der Kaufpreis ist deshalb fällig, sobald feststeht, daß das Schiff die Ware überhaupt nicht bringen werde. Auch die weitere Klausel „nach in Hamburg ausgeliefertem Gewicht" erscheint häufig bei reinen Abladungs-Cif-Geschäften; daß sie aber für sich allein imstande sein sollte, die bei derartigen Geschäften regelmäßig vom Käufer zu tragende Gefahr auf den Verkäufer abzuwälzen, erscheint ausgeschlossen. Ebenso Hamburg 25. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 23. Vgl. ferner V C Ziff. 2.

4. Hamburg 16. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 53. Bei Cif-Kaufgeschäften mit der Klausel: „Erfüllungsort Hamburg" ist die Gefahr der Reise (Wegnahme des Schiffes) entgegen der sonst für Cif-Geschäfte geltenden Regel vom Verkäufer zu tragen.

5. Cif-Geschäft auflösend bedingt durch die Nichtankunft der Ware mit einem bestimmten Schiff. Hamburg 21. 11. 16, LeipzZ. 17, 690. Eine Klausel, nach der der Vertrag aufgehoben werden soll, wenn die verladene Ware mit dem aufgegebenen Schiffe nicht ankommt, steht mit dem Wesen eines Cif-Geschäftes nicht in Widerspruch. Daß ein Käufer beim Versendungskauf die Gefahr trägt und daß er bei Cif-Geschäften außerdem noch gewisse Kosten trägt, schließt eine Vereinbarung nicht aus, daß er unter gewissen Umständen vom Vertrag zurücktreten kann.

6. Hamburg 30. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 69, R. 17 Nr. 906. Gefahrtragung bei Vereinbarung „Erfüllungsort Hamburg". Kl. hat Ware einer bestimmten näher angegebenen Beschaffenheit, Zahlung netto Kasse gegen Verladungsdokumente bei Ankunft des Dampfers cif Rotterdam verkauft. Der Dampfer ist auf der Reise mitsamt der Ladung kondemniert und die Ladung verkauft worden. Es ist strittig, wer die Gefahr der Reise zu tragen hat. Der Standpunkt des Bekl., er brauche keinesfalls eher zu zahlen, als bis Kl. nachgewiesen habe, daß Ware der bedungenen Qualität abgeladen worden sei, ist unrichtig; denn zu zahlen war gegen Verladungsdokumente. Diese sind dem Bekl. unstreitig angedient worden. Ob die Ware selbst die vertragl. Eigenschaften besitze, mußte späterer Feststellung vorbehalten bleiben, da Bekl. zunächst einmal zur Vorleistung verpflichtet war. Ob es anders läge, wenn bereits bei der Andienung festgestanden hätte, daß die auf die Dokumente abgeladene Ware nicht von vertragl. Beschaffenheit sei, bedarf hier keiner Entscheidung, da so etwas nicht behauptet ist. Anlangend die Gefahrtragung, so handelt es sich um ein typisches überseeisches Abladegeschäft. Nach feststehender Rechtspr. genügt solchenfalls der Verkäufer seiner Vertragspflicht, wenn er die Ware im überseeischen Abladeort nach dem Bestimmungshafen auf den Weg bringt und dem Käufer die über die gehörige Abladung ausgestellten Dokumente übergibt; jedenfalls für die erstgenannte Verpflichtung ist der Abladeplatz der Erfüllungsort für den Verkäufer. Demgemäß hat regelmäßig der Käufer die Gefahr der Reise zu tragen. Die sog. Cif-Klausel betrifft nur die Kostenfrage und spricht gerade für die Gefahrtragung durch den Käufer. Die Parteien können zwar Abweichendes vereinbaren; doch muß ein solcher Parteiwille klar und deutlich zum Ausdruck gelangt sein. Das ist hier nicht geschehen. (Vgl. einzelne Klauseln unter C Ziff. 17.) Aufgehoben durch RG. 10. 7. 17 (vgl. Ziff. 7).

7. Abladegeschäft mit Cif-Klausel; Erfüllungsort. **RG.** 10. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 233, JW. 17, 970, WarnE. 17, 308. Bei Abladegeschäften bildet die Cif-Klausel nur ein starkes Anzeichen dafür, daß der Verkäufer seine Lieferpflicht im Abladeorte erfüllt. Besondere Umstände des Einzelfalls können sehr wohl einen anderen Erfüllungsort ergeben. Andererseits hält der Senat daran fest, daß die Worte „Kasse gegen Dokumente bei Dampfer-Ankunft" eine bloße Zeitbestimmung sind und nicht besagen, der Preis werde nur unter der Bedingung der Vollendung der Reise geschuldet (vgl. unten einzelne Klauseln).

8. Hamburg 10. 2. 16, SeuffA. 72, 76. Man kann nicht sagen, daß zwischen einem gewöhnlichen Kauf und einem Kauf mit der Cif-Klausel nur der Unterschied bestehe, daß der Verkäufer Beförderungs- und Versicherungskosten zu tragen habe und daher diese Aufwendungen einfach auf den Kaufpreis aufschlage, so daß, wenn Käufer eine vom

Vertrag abweichende Beförderung wünsche, nur der etwaige Kostenmehrbetrag in Rechnung gestellt werden könne. Das Cif-Geschäft hat sich vielmehr zu einem Kauf besonderer Art herausgebildet, bei dem die Beförderung und Versicherung des Kaufgegenstandes nicht mehr Nebenleistungen sind, sondern gleich der Ware selbst einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftes ausmachen. Es hat sich ein eigener Cif-Marktpreis gebildet. Gewisse Handelshäuser unterhalten nur einen bestimmten Cif-Verkehr, haben z. B. mit den in Betracht kommenden Verfrachtern langfristige Verträge (mit Rabatt) abgeschlossen. Wird daher bei einem Cif-Geschäft Beförderungsart und Weg genau vorgeschrieben, so kann der Käufer im Zweifel nicht als berechtigt gelten, dem Verkäufer eine andere Beförderung unter Angebot des Ersatzes der Mehrkosten vorzuschreiben. Vgl. §§ 346 ff. III, 1.

9. Hamburg 20. 2. 17, R. 17 Nr. 910. Beim Cif-Abladegeschäft hat der ausländische Verkäufer seine Verpflichtung erst dann voll erfüllt, wenn er außer der Abladung dem Käufer die Konnossemente übergeben oder wenigstens angeboten hat. Mit der Erfüllung dieser Verpflichtung kann der Verkäufer dann nicht in Verzug geraten, wenn die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieb. Da die Konnossemente von dem japanischen Ablader des Verkäufers zurückgenommen sind, muß dieser Umstand zunächst als Ursache dafür gelten, daß Verkäufer die Dokumente in Hamburg dem Käufer nicht andienen konnte. Diese Handlungsweise seines Abladers hat Verkäufer nach § 278 BGB. zu vertreten, da der japanische Ablader für die Pflicht, die Konnossemente nach Hamburg gelangen zu lassen, Erfüllungsgehilfe ist.

10. Hamburg 27. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 237. Bei der Klausel: „Cif Dampfer Hamburg ausgeliefertes Gewicht, Originaltara, Zahlung bei Eintreffen des Dampfers auf der Elbe" hat der Käufer den Kaufpreis zu zahlen, wenn der Dampfer die Ware wegen des Kriegs in einem neutralen Hafen auslud und wenn die Reederei sodann vom Frachtvertrag zurücktrat. Der Käufer darf aber das reguläre Manko vom Kaufpreis abziehen.

C. Andere Klauseln.

1. Hamburg 9. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 92, R. 17 Nr. 78. Die Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten" hat nicht die Bedeutung, daß der Verkäufer von der Lieferung frei wird, wenn ihm die Einfuhr der für die Lieferung bestimmten Waren infolge irgendwelcher Maßregeln der feindlichen oder neutralen Länder oder aus anderen Gründen nicht möglich ist.

2. Hamburg 3. 10. 16, DJZ. 17, 146, HansGZ. 17 Hbl. 20, LeipzZ. 17, 614. Durch die Klausel: „Kassa gegen Dokumente" verpflichtet der Verkäufer sich, dem Käufer die Verschiffungspapiere zu verschaffen und erst gegen deren Übergabe die Zahlung zu verlangen. Der Verkäufer übernimmt es nicht nur, wie beim Distanzgeschäfte, die Versendung der Ware zu besorgen, sondern er muß dem Käufer die Dokumente übergeben und durch deren Übergabe das Eigentum an der noch schwimmenden Ware verschaffen. Kann der Verkäufer die Dokumente nicht an dem vereinbarten Orte dem Käufer übergeben, so trifft ihn diese Gefahr, mag auch die Gefahr der Ware selbst vom Käufer getragen werden. Ist dem Verkäufer wegen des Krieges die Übergabe der Dokumente unmöglich, so ist er zwar frei nach § 323 BGB., kann aber auch nicht die Gegenleistung fordern. Vgl. oben V B Ziff. 3.

3. Hamburg 15. 6. 16, SeuffA. 72, 16. Die Klausel: „netto Kassa gegen Dokumente" verpflichtet den Käufer an und für sich zur Vorleistung d. h. zur Zahlung vor Empfang der Ware. Eine solche Vorleistung kann ihm aber billigerweise nicht zugemutet werden, wenn der Käufer weiß, daß die Ware vertragswidrig ist z. B. wenn ihm Verkäufer bei oder vor Überreichung der Faktura zu erkennen gab, daß die Ware nicht dem Vertrag entspreche. Ebenso Hamburg, unten Ziff. 17 u. 18 und oben V B Ziff. 6.

4. Hamburg 6. 12. 16, DJZ. 17, 341, R. 17 Nr. 298. Verkauf eines Kesselwagens Öl mit der Klausel: „Der Wagen rollt ab Rumänien" und „glückliche Ankunft vorbehalten" bedeutet die Zusicherung, daß der Wagen bereits unterwegs ist, weshalb

der Verkäufer für die Unrichtigkeit der Zusicherung verantwortlich ist. Verkäufer würde frei sein, wenn er beweisen könnte, daß er die Nichtankunft des Wagens nicht zu vertreten hat. Dazu gehört aber der von ihm nicht erbrachte Nachweis, daß der Wagen abgerollt ist.

5. Hamburg 7. 2. 17, R. 17 Nr. 907, SeuffA. 72, 186. Auch bei der Abrede „Kassa gegen Dokumente" hat der Käufer unter Umständen ein Recht zur vorherigen Prüfung der Ware; so z. B. wenn die Ware am Bestimmungsort angelangt ist und dort ohne Schwierigkeit und ohne Verzögerung untersucht werden kann.

6. Hamburg 2. 4. 17, OLG. 34, 366. „Kassa gegen Lieferschein" hat eine ähnliche Bedeutung im überseeischen Verkehr wie Kassa gegen Dokumente und besagt, daß nicht gegen die Ware zu zahlen ist, sondern gegen die Papiere.

7. Hamburg 7. 3. 17, OLG. 34, 368. Die Klausel: „Richtiger Eingang der Papiere und glückliche Ankunft vorbehalten" ist insofern ungewöhnlich, als die Lieferpflicht nicht bloß von der Ankunft der Ware, sondern auch vom Eingang der Papiere abhängig gemacht ist. Es mag davon ausgegangen werden, daß der Vorbehalt richtigen Eingangs der Papiere nicht mehr bedeutet, als daß die Bekl., falls zwar die Ware ankam, die Papiere aber verloren gingen, wegen der dann etwa zu befürchtenden Schwierigkeiten in der Verfügung über die Sendung von ihrer Lieferpflicht frei sein solle.

8. Lieferung „April/Mai, sobald beisammen". Hamburg 14. 7. 16, JDR. 15 § 346 III 5 auch OLG. 34, 368.

9. KG. 16. 6. 16, OLG. 34, 366. Die Bestimmung „verzollt" ist nur dahin zu verstehen, daß Verkäufer den Zoll tragen soll; dagegen deutet sie noch nicht darauf hin, daß eine ausländische Ware verkauft ist.

10. Hamburg 14. 10. 16, LeipzZ. 17, 350. Die Klausel „in Gothenburg greifbar oder daselbst kurz fällig" enthält eine Zeitbestimmung dahin, daß die Ware bereits in G. sei oder doch binnen kurzem dort erwartet werde, daß also der Käufer mit einer baldigen Umladung oder Weiterbeförderung rechnen dürfe. Sie ist aber nicht geeignet, den Gattungskauf in dem Sinne zu einem Einzelkauf zu machen, daß die Partie als verkauft zu gelten hat, die der Verkäufer bei Abgabe seiner Erklärung im Auge gehabt hat. Wollte der Verkäufer seine Lieferpflicht auf eine bestimmte Ware beschränken, so mußte er dem Käufer die Angaben machen, die ihm eine Erkennbarkeit der Partie als solcher ermöglichten. Da solche Angaben nicht gemacht wurden und die Schlußnote an sich nur Gattungsware betraf, lag es trotz der in der Schlußnote enthaltenen Klausel im Ermessen des Verkäufers, die Ware anzudienen, die ihm paßte.

11. Hamburg 14. 7. 16, HansGZ. 17 Hbl. 24. Bei einem Angebot mit dem Beisatz: „freibleibend" fragt es sich, ob ihm die strengere Bedeutung beizumessen ist, daß der Anbietende gebunden wird, falls er nicht sein Angebot bis zum Eintreffen der Annahme des Gegners zurückgenommen hat oder die mildere, daß der Vertrag durch die Annahme zustande kommt, falls der Antragende nicht wenigstens sofort nach dem Eintreffen erklärt, daß er den Vertrag nicht mehr wolle. Im Anschluß an Staub HGB., Exkurs zu § 361 Anm. 16, erklärt sich das Gericht für die zweite Ansicht. Vgl. auch Hamburg 3. 6. 17, OLG. 35, 307.

12. Hamburg 1. 11. 16, LeipzZ. 17, 763, OLG. 34, 31. Wird ein Kauf mit der Klausel „wie gehabt" abgeschlossen, so bezieht sich das normalerweise nur auf die Beschaffenheit der Ware, die so sein soll, wie die früher unter den Parteien gehandelte, nicht aber auf den ganzen Inhalt der früheren Kaufverträge.

13. Hamburg 9. 10. 16, OLG. 34, 30. Bei Kauf einer noch nicht ausgesonderten Ware, die sich auf dem Lager des Verkäufers inmitten großer Mengen gleichartiger Waren befindet, ist der Satz in der Kaufbestätigung „die Ware ist besichtigt und gilt hinsichtlich ihrer Beschaffenheit als abgenommen, nachdem sie in den Waggon geladen ist" dahin zu verstehen: die Ware soll noch durch Aussonderung aus der größeren vom Käufer besichtigten Menge spezialisiert werden; dabei kann der Käufer die Beschaffen-

heit der Ware prüfen, er braucht es aber nicht; mit oder ohne diese Prüfung gilt die Beschaffenheit als genehmigt, sobald die Ware verladen ist.

14. Hamburg 14. 12. 16, DJZ. 17, 442, R. 17, 177, SeuffA. 72, 187. „Waggonfrei" besagt zunächst nur, daß Verkäufer die Kosten der Versendung bis zur Einladung in die Eisenbahnwagen zu tragen hat. Nach anerkanntem Handelsbrauch besteht aber auch eine Verpflichtung, die von auswärts zu versendende Ware seinerseits auf den Weg zu bringen. Daß das auch hier gewollt war, beweist die Abrede: „Kassa gegen Duplikatfrachtbrief". Durch die Versendung führte der Verkäufer nur ein Geschäft des Käufers. Er hat zwar sorgfältig zu handeln; wenn aber ungewöhnliche Schwierigkeiten der Beschaffung von Waggons entgegenstanden, so brauchte er ungewöhnliche Anstrengungen nicht zu machen. Im vorliegenden Falle hat Wagenmangel geherrscht. Nachdem Verkäufer sich um Wagen vergeblich bemüht, und das angezeigt hatte, mußte Käufer sonstwie für die Übernahme der Ware Sorge tragen, sonst geriet er durch Mahnung in Verzug.

15. Hamburg 14. 5. 17, JW. 17, 868, LeipzZ. 17, 1098. Von den Klauseln: „Preis . . . waggonfrei Duisburg" und „Zahlung Kassa netto gegen Duplikatfrachtbrief" ist, wenn man jede einzelne Bestimmung für sich allein betrachtet, die erstere an sich nur ein Faktor für die Preisberechnung, und die zweite ein solcher für die Zahlungszeit. Das hindert aber nicht, sie für die Frage, wo der Erfüllungsort des Verkäufers ist, zur Auslegung heranzuziehen. Nun ist der Transport von Holland nach Duisburg auf dem Wasserwege erfolgt und unbestritten ist diese Transportart von den Parteien schon beim Vertragsschluß in Aussicht genommen worden. Demgemäß hatte der Duplikatfrachtbrief „ab Duisburg" zu lauten und Verkäufer hatte nicht nur die Transportkosten bis Duisburg zu zahlen, sondern die Ware in Duisburg zum Weitertransport auf die Bahn zu geben. Das weist darauf hin, daß der Transport der Ware bis Duisburg nicht eine bloße Nebenverpflichtung des Verkäufers war, sondern zu seinen wesentlichen Vertragspflichten gehörte, so daß Duisburg als Erfüllungsort für die Lieferpflicht anzusehen ist.

16. Zahlung netto Kasse gegen Verladungsdokument bei Ankunft des Dampfers cif N. Vgl. oben V B Ziff. 6 und 10.

17. Hamburg 1. 11. 16, LeipzZ. 17, 763. Der Schlußschein weist auf ein zwischen den Parteien, die beide in Hamburg Handelsniederlassung und Wohnsitz haben, geschlossenes Locogeschäft hin. Allerdings enthält er auch die Worte: „prompte Abladung von China oder schwimmend". Dies bedeutete aber hier nur eine nähere Bezeichnung des Kaufobjektes und gibt nicht etwa dem der Cif-Klausel entbehrenden Kaufvertrag den Charakter eines Abladegeschäftes. Vielmehr ist Hamburg der beiderseitige Erfüllungsort, so daß der Verkäufer die Reisegefahr bis Hamburg zu tragen hat. Die Ware kann in absehbarer Zeit nicht angedient werden, befindet sich vielmehr in einem neutralen Hafen, wo sie jedenfalls während des Kriegs liegen bleiben wird. Nun enthält allerdings der Schlußschein die Klausel: „Kassa gegen Dokumente". Das bedeutet hier aber nicht, daß die Dokumente als Gegenstand des Kaufes angesehen sind und durch ihre Übergabe der Verkäufer seine Verpflichtung aus dem Vertrag definitiv erfüllen kann. Vielmehr bildet die Ware selbst den Vertragsgegenstand. Unter diesen Umständen gibt die Klausel dem Verkäufer nur ein formales Recht, das den Käufer an sich zu einer Vorleistung verpflichtet, aber seine Weigerung, die Dokumente aufzunehmen, nicht ohne weiteres ausschließt, denn der Verkäufer darf sein eben erwähntes formales Recht nicht unter Verletzung von Treu und Glauben ausüben. Demgemäß ist der Käufer z. B. berechtigt, die Aufnahme der Dokumente zu verweigern, wenn er nachweist, daß die Ware nicht vertragsmäßig ist. Dasselbe muß angenommen werden, wenn die Klausel „prompte Abladung von China oder schwimmend" ausbedungen ist, die Ware aber entweder überhaupt nicht oder doch nicht in absehbarer Zeit geliefert werden kann. Vgl. oben V B Ziff. 6.

18. Hamburg 3. 6. 16, OLG. 34, 371. Die Klausel: „Kasse bei Überreichung der Rechnung" verpflichtet den Käufer an sich zur Vorleistung d. h. zur Zahlung vor Empfang der Ware. Eine solche Vorleistung kann aber dem Käufer billigerweise dann

nicht zugemutet werden, wenn Verkäufer dem Käufer vor oder bei Überreichung der Rechnung zu erkennen gab, daß die Ware von vertragswidriger Beschaffenheit sein werde. Ebenso Hamburg 15. 6. 16, SeuffA. 72, 16 s. oben Ziff. 3.

19. **RG.** 13. 3. 17, JW. 17, 767, R. 17, 266. Die Abmachung „Zahlung gegen Dokumente bei Eintreffen des Dampfers auf der Elbe" ist nicht eine Bedingung, sondern eine Zeitbestimmung. Ist der Dampfer mit der Ware in Feindeshand gefallen, so ist der Kaufpreis zu bezahlen; denn die Reisegefahr trifft solchenfalls den Käufer. Die Cif-Klausel steht nicht entgegen. Vgl. §§ 346 ff. V, 2 und oben V B Ziff. 10.

20. **RG.** 11. 5. 17, LeipzZ. 17, 853, WarnE. 17, 247. Die Klausel: „rein netto Kasse bei Empfang der Faktura" bestimmt nur, daß der Kaufpreis ohne Abzüge, insbes. ohne Kassenskonto zu leisten sei und setzt den Zeitpunkt der Zahlung anders fest als es bei einer Zug-um-Zug-Leistung der Fall sein würde. Dagegen bestimmt die Klausel über einen Ausschluß der Aufrechnung nichts.

21. Hamburg 18. 1. 17, R. 17 Nr. 685. Bei einem Kaufgeschäft über böhmische Pflaumen mit der Bestimmung: „prompte Verladung von Böhmen, Parität Tetschen, netto Kassa gegen Dokumente" kann der Käufer die Annahme der Ladescheine nicht deshalb verweigern, weil ihre Tageszeichnung nicht innerhalb der Grenzen einer prompten Verladung liegt. „Parität Tetschen" hat lediglich Bedeutung für die Frachtberechnung und besagt, daß Verkäufer in jedem Falle einen der Fracht vom Versendungsort bis Tetschen gleichkommenden Betrag zu zahlen hat, ein etwaiges Weniger dem Käufer erstatten, ein Mehr von diesem vergütet erhalten solle. Sie bedeutet dagegen nicht, daß die Verladung in Tetschen und zwar prompt zu erfolgen habe. Verkäufer konnte auch an jedem anderen Orte Böhmens verladen, allerdings „prompt". „Prompte Verladung" bedeutet im Verkehr mit böhmischem Obst „Verladung binnen 14 Tagen". Diese Frist ist gewahrt und es kommt nicht darauf an, ob die später in Tetschen ausgestellten Ladescheine ein Datum tragen, das nicht mehr in diese Frist fällt. Auf das binnenländische Abladegeschäft finden nicht die strengen Vorschriften Anwendung, wie beim überseeischen. Es ist deshalb auch nicht nötig, daß die Dokumente, gegen die Zahlung zu erfolgen hat, mit der Klausel „prompte Verladung" im Einklag stehen, namentlich nicht, daß sich die prompte Verladung aus den Dokumenten selbst ergeben muß. Vgl. §§ 346 ff. V, 4.

22. Kiel 1. 2. 17, SchlHolstAnz. 17, 110. Die Klausel: „Lieferung, wie und wann ich solche erhalte" hat nicht den Sinn, daß die Verkäuferin jede beliebige völlige grundlose Lieferungsverweigerung der Fabrik dem Käufer entgegen halten kann. Sie muß sich vielmehr um die Lieferung bemühen und die Fabrik mahnen. War die Weigerung der Fabrik offensichtlich unbegründet, dann kann Verkäuferin unter Umständen sogar verpflichtet sein, gegen die Fabrik zu klagen. Aber von einer solchen Pflicht kann dann nicht die Rede sein, wenn Verkäuferin nach der Sachlage die Weigerung der Fabrik ohne Verschulden als begründet ansehen kann. Zu einer Klage wäre die Verkäuferin vielleicht verpflichtet gewesen, wenn sie fest und ohne die Klausel weiter verkauft hätte.

23. Posen 22. 2. 17: „prompt" oder „sofort" Fixgeschäft? Vgl. § 376 Ziff. 4.

24. Hamburg 27. 4. 17, HansGZ. 17 Hbl. 223. Bei der Klausel: „Kassa gegen Dokumente" gerät der Käufer nicht in Verzug, wenn er die Zahlung des vollen Fakturenwertes deshalb verweigert, weil die Konnossemente erkennen lassen, daß ein Quantum Ware fehlt; der Käufer darf aber nicht mehr, als der erkennbare Fehlbetrag erfordert, vom Kaufpreis kürzen.

25. Hamburg 2. 5. 17, R. 17, 402. Ist in einem Kaufvertrag ein Akkreditiv für den Verkäufer, z. B. beim Kauf von Kakao „Akkreditiv in Holland bei Erteilung der Order" vereinbart, so ist die Stellung des Akkreditivs Vorbedingung und Voraussetzung für die Leistungspflicht des Käufers. Wird das Akkreditiv nicht wie vereinbart oder nur unter Einschränkungen gestellt, so gerät der Verkäufer mit der Lieferung nicht in Verzug. Vgl. § 376 Ziff. 6.

26. **RG.** 8. 6. 17, R. 17, 403. Die Bedingung: „Netto Kasse bei N. N. Bank,

Auszahlung gegen Übergabe der Verladungspapiere" bedeutet in gewissem Sinne Vorleistung.

27. Zirkaklausel. a) **RG.** 23. 6. 17, JW. 17, 971. Wenn infolge der Zirkaklausel der Verkäufer nach Handelsbrauch nicht den vollen Betrag, sondern nur einen bis zu einem gewissen Prozentsatz gekürzten Betrag zu liefern braucht, dann kann er auch bei Nichtlieferung des ganzen Betrags nur in diesem Umfange schadensersatzpflichtig sein. Allerdings ist es aber möglich, daß durch einen Handelsbrauch die Bedeutung der Zirkaklausel in der Weise eingeschränkt wird, daß sie nur für den Fall der im übrigen vollständigen Vertragserfüllung dem Verkäufer das Recht zu einer gewissen Kürzung oder Erhöhung der zu liefernden Warenmenge gibt, wogegen im Falle des Verzugs der Verkäufer sich die Berechnung des Schadensersatzes nach der vollen ziffernmäßig angegebenen Menge gefallen lassen muß.

b) Hamburg 20. 2. 17, LeipzZ. 17, 1010. Die Zirkaklausel verpflichtet den Käufer, eine ihm angediente entsprechend geringere Menge noch als Vertragserfüllung gelten zu lassen, oder ein entsprechendes Mehr nicht zurückweisen zu dürfen. Die Klausel dient also den Interessen des vertragstreuen Verkäufers, der aus Gründen der Verpackung oder aus anderem Anlaß nicht immer in der Lage ist, eine genau bestimmte Warenmenge zu liefern. Sie paßt aber nicht auf den Fall, daß der Verkäufer sei es überhaupt nicht oder doch nur einen Teil geliefert hat, der so gering ist, daß die Differenz durch jenen Abzug keinesfalls gedeckt werden kann. Im vorliegenden Falle wurde dem Verkäufer von 1200 Ztr. Schweine, der 1000 Ztr. geliefert hatte, die Berufung auf die Klausel versagt.

VI. Einzelnes.

1. **RG.** 21. 11. 16, GruchotsBeitr. 61, 287, JW. 17, 214, LeipzZ. 17, 330. In der im überseeischen Handelsverkehr vertragsmäßig bestimmten Maßgeblichkeit von engl. Rechte, engl. Gerichten oder Schiedsgerichten und engl. Policen liegt, zumal wenn der Vertrag zwischen Angehörigen verschiedener Nationen geschlossen ist, nichts Sittenwidriges. Auch der Kriegsausbruch führt eine Unsittlichkeit nicht nachträglich herbei; es wird dadurch nur die Schiedsgerichtsklausel infolge der Behinderung des Verkehrs unausführbar.

2. **RG.** 14. 11. 16, R. 17, 28. Im Handel besteht kein grundsätzl. Gegensatz zwischen Inlands- und Auslandsgerste, auch wenn Gewicht „über 68 kg" bedungen.

3. **RG.** 8. 12. 16, R. 17 Nr. 166. Wer eine Einzellieferung „a conto des Vertrags" abruft, kann sich hinterher nicht darauf berufen, es habe sich erkennbar nur um eine Ausnahme von der früheren Abnahmeverweigerung hinsichtlich des ganzen Dauervertrags gehandelt, der im übrigen abgelehnt bleibe.

4. **RG.** 17. 4. 17, LeipzZ. 17, 855. Die Bekl. vertritt den Standpunkt, daß die Vereinbarungen der Parteien über die Höhe der Provision des Kl. für die über die Umsätze der Friedenszeit erheblich hinausgehenden Kriegslieferungen nicht maßgebend seien, der Kl. vielmehr insoweit eine angemessene, wesentlich niedrigere Vergütung fordern könne. Sie hat sich zur Unterstützung ihrer Ansicht auf einen dahingehenden Handelsbrauch berufen. Das KG. verkennt nicht, daß die Parteien beim Vertragsabschluß an eine solche Umsatzsteigerung, wie sie der Krieg mit sich gebracht hat, nicht gedacht haben, und daß deshalb die sonach vorliegende Vertragslücke in der von der Bekl. erstrebten Weise auszufüllen wäre, wenn der behauptete Handelsbrauch bestünde. Es hat aber das Bestehen der gegenteiligen Übung festgestellt.

5. Umfang der Versendungspflicht des Verkäufers. a) **RG.** 21. 11. 16, GruchotsBeitr. 61, 468, HoldheimsMSchr. 17, 68, JW. 17, 215, LeipzZ. 17, 403, Pos. MSchr. 17, 115, R. 17 Nr. 173. Die Bekl. hat vom Kl. „Weizen zum Preise von x Mark transito fob Hamburg netto Kasse ohne Abzug" gekauft; Leistungsort für den Kl. war dessen Niederlassung. Nach Kriegsausbru.ch hat Kl. Lieferung des Restes abgelehnt, weil transito fob Hamburg verkauft und diese Lieferung unmöglich sei, solange das erlassene Ausfuhrverbot bestehe. Bekl. verlangte Lieferung im Inland unter Berechnung der an

Fracht und Zoll entstehenden Unkosten. Die wegen Weigerung des Kl. erhobene Widerklage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wurde abgewiesen. Die Worte „transito fob Hamburg" stehen innerhalb der Bestimmung des Preises und bedeuten, daß die Kosten der Beförderung in Durchfuhr bis frei an Bord Hamburg in den Preis eingeschlossen waren. Andererseits ist klar bestimmt, daß Kl. seine Lieferpflicht am Ort seiner Niederlassung zu erfüllen hatte. Daneben hatte er nur die aus dem Handelsverkehr sich ergebende Versendungspflicht zu erfüllen und kraft der besonderen Abrede die Kosten der Beförderung bis zum Bestimmungsort zu tragen. Hiernach ist davon auszugehen, daß regelmäßig der Verkäufer der Versandanweisung des Käufers nachzukommen hat und zwar auch dann, wenn der Käufer die bei Vertragsabschluß erteilte Anweisung später in bezug auf Art oder Zeit der Versendung abändert. Doch kann vom Verkäufer nach Treu und Glauben nicht gefordert werden, daß er eine beim Vertragsabschlusse nicht verabredete und nicht vorhersehbare Art der Versendung ausführt, die ihn mit unverhältnismäßiger Mühe belastet oder seine Interessen in anderer Weise schädigt. Im Streitfall war es Absicht der Parteien, daß die Ware von der Mühle aus an ein Seeschiff im Hamburger Freihafen gesandt und seewärts ausgeführt werden sollte. Verkäufer hatte daran ein Interesse, weil die Ware dann nicht wohl (wegen der Zollschranken und sonstigen Unkosten) auf den inländischen Markt zurückfließen und ihm die Einhaltung seiner Preise erschweren konnte. Es kann nur vom Verkäufer nicht verlangt werden, daß er selbst durch Versendung der Ware an einen inländischen Platz zu einer ihm nachteiligen Verwertung der Ware mitwirke. Ebenso **RG.** 11. 5. 17 (unten h).

b) **RG.** 22. 12. 16, R. 17, 76. Versendungsvorschriften, die auch im Interesse des Verkäufers aufgestellt sind, kann der Käufer nicht einseitig ändern. Hier ist Lieferung „fob Hamburg" und damit eine Versendungsart vereinbart, die nur einen Zweck hatte, wenn die Ware entsprechend dem Vertrage ausgeführt wurde. Der Käufer hat dagegen Lieferung nach Hamburg, Zoll Inland, also eine Versendungsart verlangt, die die künftige Verwendung der Ware in einem inländischen Geschäft in keiner Weise erschwert hätte. Verkäufer, der als Syndikatsmitglied bei Vertragsstrafe für die Ausfuhr der von ihm verkauften Ware haftet, hat ein Interesse an Einhaltung der Vertragsabrede.

c) **RG.** 2. 1. 17, R. 17, 340. Auch wenn die Benutzung des Wasserweges für Mehllieferungen „waggonfrei Frankfurt" vereinbart ist, kann bei Unbenutzbarkeit des Wassers Landzufuhr verlangt werden, sofern der Empfänger sich erkennbar zur Tragung der Mehrkosten bereit erklärt.

d) Darmstadt 2. 6. 16, LeipzZ. 17, 352. Die von dem Verkäufer einer Ware übernommene Verpflichtung, die Ware an einen anderen Ort als den Wohnsitz des Käufers (z. B. nach Frankreich) zu versenden, ist in der Regel eine Nebenleistung. Ihre Unmöglichkeit infolge des Krieges beseitigt nicht die Pflicht zur Erfüllung der Hauptleistung. Der Verkäufer ist berechtigt, unter Lieferung der Ware an den Käufer selbst den Kaufpreis zu verlangen. Der Geschäfte mit dem Ausland betreibende deutsche Zwischenhändler (Käufer) hat in der Regel das Risiko der Lieferung in das Ausland zu tragen.

e) Hamburg 14. 12. 16, („Waggonfrei"), vgl. oben V C 14.

f) **RG.** 21. 11. 16, LeipzZ. 17, 533. Die klagende Käuferin ist zu Brünn, der beklagte Verkäufer zu Cöln ansässig. Die vereinbarten Preise schließen unstreitig die Fracht bis Brünn ein. Andererseits ist lt. Schlußschein Cöln ausdrücklich zum Erfüllungsort bestimmt. Der Bekl. hatte also zu Cöln zu leisten und daneben nur die sich aus dem Handelsgebrauch ergebende Übersendungspflicht zu erfüllen, auch die Fracht bis Brünn zu tragen. Die Kl. war durch den Vertrag in keiner Weise in der Verfügung über die Ware beschränkt. Sie konnte deshalb auch ihre den Versand betr. Anweisung ändern. Der Bekl. durfte sich nach Treu und Glauben nicht weigern, die veränderte Anweisung auszuführen, es sei denn, daß die verlangte Sendung ihrem Interesse erheblich zuwider lief.

g) Abänderung von Beförderungsart und Weg beim Cif-Geschäft. Hamburg 10. 2. 16, SeuffA. 72, 76. Vgl. oben V B 8.

h) RG. 11. 5. 17, LeipzZ. 17, 1175. Wie schon RG. 22. 12. 16 (s. oben 5 b) ausspricht, gilt die Vereinbarung in einem Lieferungsvertrage, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, die Ware nach einem bestimmten Orte zu versenden, regelmäßig als im Interesse des Käufers getroffen und es ist demgemäß der Käufer berechtigt, die Versendung nach einem anderen Orte zu verlangen. Diese Regel greift aber dann nicht Platz, wenn die ursprüngliche Ortsbestimmung zugleich im Interesse des Verkäufers vereinbart ist, wenn also z. B. eine Versendung ins Ausland vereinbart war, weil durch diese Ausfuhr der Verkäufer eine gewisse Gewähr dafür erhält, daß die Ware nicht auf den inländischen Markt komme.

§ 355.

1. RG. 19. 9. 16, HoldheimsMSchr. 17, 46. Befinden sich auf derselben Seite des Kontokorrents verbindliche und unverbindliche (Börsentermin-Differenz-) Geschäfte, so hat der Schuldner darzulegen und zu erweisen, inwieweit der anerkannte Saldo durch unverbindliche Geschäfte beeinflußt ist.

2. RG. 6. 7. 16; 88, 373, BankA. 16, 343. Da nach § 355 Abs. 3 ein Kontokorrentverhältnis im Zweifel auch während der Dauer einer Rechnungsperiode jederzeit gekündigt werden kann, so braucht die Bank, die eine Kontokorrentforderung im Urkundenprozeß geltend macht, deren Fälligkeit nicht zu beweisen, vielmehr trifft den Bekl. die Beweispflicht für eine Vereinbarung, nach der die Bank nicht zur jederzeitigen Kündigung des Verhältnisses befugt sein sollte.

§ 363.

Heilbrunn, HoldheimsMSchr. 17, 79 erörtert die Frage einer eingehenden gesetzl. Regelung des Ladeschein-Verkehrs.

§ 364.

RG. 11. 5. 17, R. 17 Nr. 1306. Unter Umständen geht durch das Blanko-Indossament von Teilschuldverschreibungen auch der Schadensersatzanspruch des bisherigen Eigentümers gegen den gemeinsamen Gläubigervertreter wegen nachlässiger Ausführung seiner Obliegenheiten stillschweigend über. Das ist besonders anzunehmen, wenn der Erwerb gerade im Vertrauen auf das Bestehen einer Sicherheit geschah, die durch das Verschulden des Vertreters schon früher zu Verlust gegangen war. Ob dem Erwerber der Ersatzanspruch bekannt war, ist belanglos.

§ 369.

Kiel 14. 12. 16, SchlHolstAnz. 17, 77. Das Zurückbehaltungsrecht gelangt nicht erst im Augenblick der Geltendmachung zur Entstehung, sondern bereits, sobald die gesetzl. Voraussetzungen vorliegen. Ist es einmal entstanden, so geht es durch einen Eigentumswechsel nicht unter. Dies gilt freilich mit der aus § 407 Abs. 1 BGB. nicht unmittelbar, aber sinngemäß abzuleitenden Beschränkung, daß ein nach der Anzeige des Eigentumswechsels entstandenes Zurückbehaltungsrecht dem neuen Eigentümer gegenüber nicht wirkt.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Schrifttum: Hagedorn, Der Handelskauf auf Abruf. Berlin 1915.

Vorbemerkung vor § 373.

1. Abladung binnen bestimmter Frist; Gefahrübergang, Gattungskauf. RG. 19. 9. 16, HansGZ. 17 Hbl. 2, LeipzZ. 17, 122. Nach dem Vertrag hat Kl. dem Bekl. 300 Tonnen Gerste zu liefern, zu verschiffen vom Schwarzen Meer innerhalb des Juli 1914 gegen einen Preis von 116 M. für 1000 kg einschließlich Fracht und Versicherung. Daraus ergibt sich, daß der Verkäufer seine Lieferpflicht im Abladehafen durch Verschiffung der Ware zu erfüllen hatte und daß mit der Verschiffung die Gefahr der Ware auf den Käufer übergehen sollte. Das entspricht der allgemeinen Auffassung des Verkehrs über die Bedeutung von Verkäufen einer binnen bestimmten Frist von aus-

wärtigen Hafenplätzen abzuladenden Ware gegen einen Fracht und Versicherung bis zum Bestimmungshafen einschließenden Preis (vgl. §§ 346ff. V). Die Abrede, daß der Preis nach ausgeliefertem Gewicht zu berechnen ist, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Die Anwendung dieses Grundsatzes ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil bei Gattungsschulden der Übergang der Gefahr nicht ohne Beschränkung der Schuld auf eine Spezies denkbar ist und weil der Verkäufer die angedienten 300 Tonnen nicht gesondert, sondern als Bruchteil der größeren Menge von 2800 Tonnen verschifft hat. Verkäufer war nach dem Vertrag hierzu berechtigt, der bestimmt, daß Beschädigung, Maß und Mindergewicht unter die Empfänger nach Verhältnis zu verteilen ist. Verkäufer genügte also seiner Verbindlichkeit nicht durch Verschaffung des Eigentums an der im Vertrag bestimmten Menge, sondern durch Verschaffung des Miteigentums an dem entsprechenden Bruchteile. Die Einladung der Ware für sich allein kann aber in solchem Fall den Übergang der Gefahr auf den Käufer nicht bewirken, da der Verkäufer durch das Einladen noch nicht die Freiheit verliert, die verladenen Partien seinen verschiedenen Abnehmern beliebig zuzuteilen. Der Übergang der Gefahr findet vielmehr erst statt, wenn Verkäufer das seinerzeit Erforderliche getan hat, um eine bestimmte Partie dem Käufer zu liefern. Das geschieht beim gewöhnlichen Übersendungskauf dadurch, daß der Verkäufer eine Spezies dem Frachtführer ausliefert. Bei Verschiffungen wie hier, die gegen ein an Order des Verkäufers gestelltes Konnossement geschehen, würde, wenn nur die Regeln des Gesetzes Platz griffen, hinzukommen müssen, daß der Verkäufer das Konnossement, gehörig indossiert, an den Käufer absendet. Bei der gewöhnlichen Verzögerung der Absendung des Konnossements tritt an ihre Stelle die Verladungsanzeige. Siehe hierzu die folgende Nummer. Vgl. ferner **RG.** 29. 9. 16, § 376 Ziff. 2.

2. Verladungsanzeige, Konzentration der Verbindlichkeit und Gefahrübergang. **RG.** 19. 9. 16; 88, 389, HansGZ. 17 Hbl. 2, LeipzZ. 17, 42. Die Übersendung des Konnossements kann aus leicht ersichtlichen Gründen nicht alsbald nach der Verladung und nicht so rasch erfolgen, wie die Konzentration der Verbindlichkeit und der Übergang der Gefahr eintreten sollen. Deswegen bedient sich der Handel der Verladungsanzeige und mißt ihr Wirkungen bei, die nach dem Gesetze erst der Absendung des Konnossements an den Käufer zukommen würden. Es ist unstreitig, daß nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Kaufleute durch die Verladungsanzeige Beschränkung der Verbindlichkeit auf die verladene Ware eintritt und damit, wenn der Abladeplatz Leistungsort für den Verkäufer ist, auch die Gefahr der Sache auf den Käufer übergeht. Ob diese Wirkung schon mit der Absendung der Verladungsanzeige oder erst mit ihrem Eintreffen beim Käufer eintritt, kann nur jeweils durch eine auch von tatsächl. Momenten abhängige Auslegung des Vertrags festgestellt werden; möglich ist beides.

3. Hamburg 29. 11. 16. Vereinbarung einer Abladefrist bei während des Kriegs geschlossenen Nichtfixgeschäften, vgl. bei § 376 Ziff. 3.

4. Eigentumsübergang beim Versendungskauf. Hinsberg, LeipzZ. 17, 116 wendet sich gegen die von Staub HGB. Exk. zu § 382 Anm. 58 vertretene und auf OLG. 26, 47 gestützte Ansicht, daß dann, wenn der Lieferant des Verkäufers in dessen Auftrage die Kaufsache unmittelbar an den Käufer sendet, der Verkäufer „infolge des Auftragsverhältnisses" mittelbaren Besitz und Eigentum nicht erst mit der Übergabe der Ware an die Transportperson, sondern schon mit der Annahme des Auftrags seitens des Lieferanten erwerbe. Das OLG. 26, 47 angenommene Auftragsverhältnis bestehe gar nicht; denn die Übersendung erfolge nicht in Erfüllung eines besonderen Auftrags, sondern sei eine Nebenverpflichtung des zwischen dem Lieferanten und dem Weiterverkäufer geschlossenen Kaufvertrags.

§ 375.

1. **RG.** 24. 4. 17, LeipzZ. 17, 856, R. 17 Nr. 1480. Zu den „ähnlichen Verhältnissen" kann der Bestimmungsort beim Übersendungskauf nicht gerechnet werden. Das Ges. bezieht sich auf die nähere Bestimmung über die Beschaffenheit der Ware. Die Unan-

wendbarkeit der Vorschrift auf den Bestimmungsort zeigt sich aus Abs. 2; denn den Bestimmungsort kann schwerlich der Verkäufer an Stelle des Käufers auswählen.

§ 376.

1. Abladegeschäft. Vgl. §§ 346 ff. V Ziff. 2 u. unten Ziff. 3.

2. **RG.** 29. 9. 16, JW. 17, 42, SeuffA. 72, 147. Auch bei einem Nichtfixgeschäft können die Vertragschließenden der Erfüllungszeit wesentl. Bedeutung beilegen und die Abrufspflicht zu einer Hauptverpflichtung des Käufers machen und zwar dergestalt, daß beim Unterbleiben des Abrufes der Käufer mit dem Ablaufe der kalendermäßig bestimmten Frist nicht nur ohne Mahnung in Leistungsverzug geraten, sondern daß ihm auch hinterher eine dem beiderseitigen Vertragswillen entsprechende Erfüllung nicht mehr möglich und der Verkäufer deshalb ohne weiteres zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt sein würde. Ebenso ist anzuerkennen, daß ein Lieferungsvertrag, worin dem Käufer der Abruf innerhalb eines bestimmten Zeitraums ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden, sehr wohl in diesem Sinn ausgelegt werden kann.

3. Hamburg 29. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 44, JW. 17, 376, LeipzZ. 17, 763. Bei der Klausel: „die Ware ist innerhalb der nächsten Woche ab Amsterdam zu verladen" ist der Käufer berechtigt, ohne Fristsetzung Schadensersatz zu fordern, wenn die Ware nicht zur rechten Zeit eintraf. Zwar liegt ein Fixgeschäft mangels genauer Zeitbestimmung der Lieferung nicht vor. Auch fehlt es an einem genügenden Anhaltspunkt dafür, daß die Abladung innerhalb der vereinbarten Frist als eine zugesicherte Eigenschaft nach § 480 BGB. gelten solle. Es muß aber als Wille der Parteien unterstellt werden, daß ebenso, wie wenn es sich um die Vereinbarung einer bestimmten Abladezeit überseeischer Waren handelt, so auch hier dem Käufer das Recht eingeräumt werden sollte, ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, wenn die Ware nicht zu der Zeit eintraf, wo sie unter normalen Verhältnissen erwartet werden konnte. Vgl. §§ 346 ff. unter V 7.

4. Posen 22. 2. 17, PosMSchr. 17, 6. Die Zusage „sofortiger" oder „prompter" Verladung ist kein Versprechen der Leistung zu einer genau festgesetzten Zeit oder Frist, sondern überläßt die Leistung noch in einer gewissen Beziehung dem Ermessen des Verkäufers oder den äußeren Umständen, deren zeitl. Eintritt oder zeitl. Dauer nicht übersehen werden kann. Diese Klausel enthält also keine Abrede eines Fixgeschäftes.

5. **RG.** 9. 4. 17, LeipzZ. 17, 976. Börsentermingeschäfte sind Fixgeschäfte.

6. Hamburg 18. 4. 17, R. 17 Nr. 1307. Wenn bei einem Lieferungsgeschäft die Parteien vereinbaren, daß „das Akkreditiv" über den Kaufpreis „morgen" d. h. am Tage nach dem Abschluß des Vertrags gestellt werden sollte, so ist damit ein Fixgeschäft i. S. des § 376 vereinbart und der Verkäufer berechtigt, die Rechte aus § 376 geltend zu machen, selbst wenn das Akkreditiv nur einen Tag später gestellt wurde. Die Akkreditivstellung — eine in den jetzigen Kriegszeiten häufige Form — ist, wenn sie auch nur eine Vorbereitung der eigentl. Zahlung ist, doch bereits ein Teil der dem Schuldner obliegenden Leistung. Wenn daher in den gegenwärtigen Zeiten ein befristetes und noch dazu so kurz befristetes Akkreditiv vereinbart ist, sind die Parteien sich über die Wesentlichkeit dieser Fristbestimmung durchaus klar. Vgl. § 346 V C 25.

§ 377.

Schrifttum: Adler, Die Grenzen der kaufmännischen Rügepflicht in der Festschrift für Georg Cohn (Zürich 1915).

I. Allgemeines.

1. Hamburg 15. 2. 17, HansGZ. 17 Hbl. 132. Anwendung des § 377 auf Nichtkaufleute. Wenn auch die beklagte Gesellschaft in Wahrheit lediglich gemeinnützigen Zwecken dienen sollte und wollte, deshalb kein Handelsgewerbe trieb und im Rechtssinn keine HG. darstellte, würde sie sich, weil sie unter einer firmenartigen Bezeichnung An- und Verkäufe von Waren in erheblichem Umfang und in kaufmännischen Formen, ins-

besondere unter Anwendung kaufm. Schlußnoten betrieb, also äußerlich im Verkehr als Kaufmann auftrat, bei Beurteilung der von ihr geschlossenen Geschäfte als Kaufmann behandeln lassen müssen (§ 5 HGB.), so daß auch für die Frage der Rügepflicht § 377 Anwendung findet.

2. **RG.** 3. 11. 16, R. 17 Nr. 40. Zur Geltendmachung von Ansprüchen wegen Mängel an unbeweglichen Sachen bedarf es nicht einer besonderen Mängelanzeige.

3. Hamburg 21. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 8. Wenn die gelieferte Ware qualitativ von der Kaufbestellung so erheblich abweicht, daß sie als eine andere als die bedungene erscheint und zwar als eine solche, hinsichtlich deren der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muß (Lieferung von rötlichem Wasser anstatt Karbolineum), dann brauchen die Vorschriften des § 377 nicht eingehalten zu werden.

4. Stuttgart 14. 4. 17, R. 17 Nr. 1133. Behauptet der Verkäufer eine nicht ohne nähere Untersuchung erkennbare Beschaffenheit der Probeware, so ist, auch wenn weder Arglist des Verkäufers vorliegt noch die Behauptung ausdrücklich bei dem Vertragsabschluß zum Vertragsinhalt erklärt wurde, nicht die wirkliche Beschaffenheit der Probe, sondern jene Behauptung maßgebend.

5. Hamburg 31. 1. 17, LeipzZ. 17, 1013, SeuffA. 72, 332. Untersuchung und Mängelrüge bei Lieferung der Ware in Teillieferungen. Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um eine Reihe selbständiger Erfüllungsgeschäfte. Es waren Lieferungen, die auf Grund einer von dem Käufer zu Recht erfolgten Nachfristsetzung innerhalb einer Frist von wenigen Tagen zu erfolgen hatten. Der Umfang der einzelnen Teilsendungen war nicht festgelegt, sondern bestimmte sich lediglich danach, wie viel vom Verkäufer fertiggestellt und nach und nach zur Ablieferung gebracht werden konnte. Und endlich handelte es sich um eine Ware, bei der infolge ihrer Massenherstellung mit gewissen Unterschieden im Ausfall der einzelnen Lieferungen von vornherein zu rechnen war; erst aus dem Gesamteindruck über die vollständige Lieferung konnte daher ein zuverlässiges Urteil darüber gewonnen werden, ob die bei den einzelnen Sendungen gefundenen Mängel gegenüber der Gesamtmenge so geringfügig waren, daß die Ware im ganzen noch als empfangbar gelten mußte. Bei dieser Sachlage ist eine nach Beendigung der Teillieferungen erfolgte Mängelrüge rechtzeitig. Vgl. unten VI, 1b.

6. Bei Übersendung von Referenzmustern. a) Hamburg 14. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 259. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung kann einem Referenzmuster die Bedeutung zugesprochen werden, daß es gewissermaßen als Repräsentant der Ware anzusehen sei und daß demnach die erkennbaren Mängel zu rügen seien, widrigenfalls die Ware selbst, soweit sie mit den Mustern übereinstimmt, als genehmigt gelten müsse.

b) Hamburg 1. 3. 17, OLG. 34, 279 s. unten II 1.

7. Hamburg 14. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 259. Bei einer Bestellung „genau wie gehabt" kann der Verkäufer der Mängelrüge gegenüber nicht einwenden, die frühere Lieferung habe dieselben Mängel aufgewiesen.

II. Ort der Untersuchung.

1. Hamburg 1. 3. 17, OLG. 34, 379. Nach der Regel des § 377 hat die Untersuchung unverzüglich am Ablieferungsort und nicht erst am Bestimmungsort zu erfolgen. Doch ist § 377 dispositiv. Wenn das LG. ausführt, bei der außerordentlich großen Menge der Ware und der erheblichen Schwierigkeit einer sachgemäßen Untersuchung an dem Durchgangsort hätten beide Parteien ohne Zweifel damit gerechnet, daß die Untersuchung erst am endgültigen Bestimmungsort vorgenommen werden würde, so kann dem beigepflichtet werden, wenngleich Verkäufer bei Vertragsabschluß gar nicht wußte, wohin die Ware von dem Ablieferungsort aus weiter befördert werden sollte. Es kommt hinzu, daß dem Käufer ein Ausfallmuster übersandt war. Er konnte davon ausgehen, daß die gelieferte Ware dem Muster entsprechen werde und deshalb von der unverzüglichen Prüfung der Ware absehen. Da das Muster die Ware darstellte und zu Bemängelungen keinen Anlaß gab, mußte unterstellt werden, daß der Käufer nach Absicht der Parteien seiner

Rügepflicht genügte, wenn sein Abnehmer ohne Verzug untersuchte und Käufer dessen Mängelrüge sofort weiter gab.

2. Hamburg 14. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 259. Unter „Ablieferung" ist der Vorgang zu verstehen, durch den der Verkäufer die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt, um den Käufer in die Lage zu versetzen, nunmehr seinerseits darüber zu verfügen und durch den der Käufer entweder selbst oder durch einen Beauftragten die Ware übernimmt. Die Ablieferung bildet also einen rein tatsächlichen Vorgang. Wenn die Parteien daher vereinbart haben, daß der überseeische Bestimmungsort als Ort der Ablieferung gelten soll, so sind sie damit übereingekommen, daß der Käufer erst dort die Ware übernehme. Nun haben die Parteien weiter noch vereinbart, daß der überseeische Bestimmungsplatz auch als Ort der Untersuchung nach § 377 zu gelten habe, daß aber diese Untersuchung nicht vorgenommen zu werden brauche, bevor die Ware das Zollhaus verlassen habe. Mithin mußte die Ware, da die Ablieferung bereits stattgehabt hatte, spätestens beim Verlassen des Zollhauses untersucht werden.

3. § 377 und Fob-Klausel. Hamburg 25. 4. 17, DJZ. 17, 760. Bekl. (in Hamburg) hatte Kaffee fob schwedischen Hafen gekauft, der nach Lübeck zu verladen war. Bekl. hat durch seinen Frachtführer den Kaffee in Lübeck vom Seeschiff abnehmen und nach Hamburg schaffen lassen, wo die Ware untersucht ist. Das ist verspätet. Zwar brauchte Käufer nicht in Schweden zu untersuchen, denn die Ablieferung erfolgte erst durch die Abnahme in Lübeck. Daran ändert die Fob-Klausel nichts.

III. Einzelne Mängel.

Entbündelung und Entsalzung von Häuten unter Entfernung der Marken. Hamburg 3. 3. 16, JDR. 15 § 377 Ziff. 4b auch OLG. 34, 372.

IV. Inhalt der Mängelrüge.

1. Hamburg 7. 3. 17, HansGZ. 17 Hbl. 176. § 377 will den Verkäufer vor Nachschiebungen nicht präzisierter Mängel anderer Art als der gerügten schützen. Die Mängelanzeige muß die Ausstellungen des Käufers so genau enthalten, daß der Verkäufer zu erkennen in der Lage ist, welche Mängel gemeint sind. Niemals können nicht gerügte, auf einem ganz anderen Gebiet liegende Mängel durch die Rüge eines damit nicht zusammenhängenden Mangels gedeckt werden.

2. **RG.** 2. 10. 17, R. 17 Nr. 2077. Konnte der Käufer nur das äußere Ergebnis des heimlichen Mangels, nicht aber dessen wirkliche Ursache entdecken, so verliert er das Rügerecht wegen des letzteren Fehlers nicht.

V. Rechtzeitigkeit der Mängelung.

1. Hamburg 7. 2. 16, JDR. 15 § 377 II 3d auch SeuffA. 72, 65.

2. **RG.** 9. 10. 17, R. 17 Nr. 2078. Maßgebend für die Dauer der Untersuchung ist nicht die Auffassung der wissenschaftlichen, sondern der Handelskreise, diese aber ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Käufer bekannt war.

3. **RG.** 30. 3. 17, LeipzZ. 17, 795, R. 17 Nr. 1881. Der Umstand, daß der bekl. Verkäufer in seinen Briefen ohne auf die bereits eingetretene Verspätung der Mängelanzeige hinzuweisen, sich auf die Erörterung der Frage, ob der Mangel tatsächlich vorliegt, beschränkt hat, genügt nicht, um daraus einen Verzicht auf die Geltendmachung der Verspätung der Mängelanzeige herzuleiten. Die unzweideutige Erklärung des Verzichts hat das OLG. deshalb aus dem Verhalten des Bekl. nicht gewonnen, weil dasselbe nach der Verkehrsanschauung sich dahin verstehen läßt, daß der Bekl. in der Erwartung, die Sache werde sich gütlich regeln lassen, zunächst lediglich das Vorhandensein der Mängel zum Gegenstand der Auseinandersetzung machte.

4. Mängelrüge bei unmittelbarer Übersendung der Ware an den weiteren Abkäufer. a) KG. 21. 1. 16, OLG. 34, 378. Der dritte Abnehmer muß die Mängelrüge in ordnungsmäßiger Frist erstatten und der Käufer hat dafür seinem Verkäufer einzustehen. Der Umstand, daß es sich um Kriegslieferungen handelt, entbindet nicht von der Untersuchungspflicht, wenn beide Teile wie hier Kaufleute sind. Darauf,

daß die Militärverwaltung als Nichtkaufmann dem § 377 nicht unterworfen ist, kann sich der Käufer nicht berufen, da er mit dem Verkäufer abgeschlossen hat.

b) Hamburg 23. 2. 17, OLG. 34, 378 Anm. Hat der Abnehmer des Käufers die Untersuchung der ihm unmittelbar vom Verkäufer übersandten Ware und die Anzeige der Mängel verzögert, so muß der Käufer für eine solche Verzögerung wie für eine eigene dem Verkäufer gegenüber einstehen.

c) Hamburg 1. 3. 17, vgl. oben II, 1.

VI. Verlust des Rügerechts.

1. Bei Teillieferungen. a) Karlsruhe 7. 11. 16, BadRpr. 17, 35. Hat der Käufer mehrere Teillieferungen angenommen, ohne Mängel der Ware zu rügen und steht fest, daß die weitere Teillieferung, deren Annahme der Käufer abgelehnt hat, Ware der gleichen Qualität gewesen wäre, so kann der Käufer hinsichtlich dieser letzten Teillieferung Qualitätsmängel nicht mehr rügen; er hat dieses Rügerecht verloren.

b) Hamburg 31. 1. 17, LeipzZ. 17, 1013. Es handelte sich bei den fraglichen Teillieferungen nicht um eine Reihe selbständiger Erfüllungsakte. Es waren Lieferungen, die auf einer von dem Käufer zu Recht erfolgten Nachfristsetzung innerhalb einer Frist von wenigen Tagen zu erfolgen hatten. Der Umfang der Teilsendungen war nicht festgelegt; er bestimmte sich nur danach, wie viel fertig gestellt werden konnte; die Teilsendungen waren denn auch verschieden. Es handelte sich endlich um eine Ware, bei der infolge ihrer Massenfabrikation mit gewissen Unterschieden im Ausfall der einzelnen Partien von vornherein gerechnet werden mußte; erst aus dem Gesamteindruck über die vollständige Lieferung konnte daher ein zuverlässiges Urteil darüber gewonnen werden, ob die bei den einzelnen Parteien gefundenen Mängel gegenüber dem Gesamtquantum so geringfügig waren, daß die Ware im ganzen doch als empfangbar gelten mußte. Hiernach war die erst nach Beendigung der Teillieferungen erhobene Mängelrüge rechtzeitig.

VII. Absatz 2. Arglist.

RG. 27. 4. 17, LeipzZ. 17, 856. Zur Annahme eines arglistigen Verschweigens ist nicht erforderlich, daß der Verkäufer etwas Besonderes unternimmt, um den Käufer von der Feststellung des Mangels abzuhalten. Vielmehr genügt es schon, wenn er unter Verletzung einer Offenbarungspflicht, die ihm nach der Auffassung des redlichen Verkehrs obliegt, den Mangel nicht kundgibt, falls dies in der Erwartung geschieht, der Mangel werde dem Käufer entgehen.

§ 378.

1. Oertmann, GoldschmidtsZ. 80, 48. Die vielfach vertretene Ansicht, daß § 378 sich auf die Fälle des Gattungskaufes beschränke, ist nicht richtig; vielmehr findet er auch auf den im beiderseitigen Handelsverkehr allerdings weniger häufigen Spezieskauf Anwendung.

2. Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei Falschlieferung. Oertmann, GoldschmidtsZ. 80, 48. Das RG. 86, 90 verwirft für den Fall, daß der Verkäufer dem Käufer andere als die bestellte Ware übersandt hatte, die Anwendung des § 326 BGB. und erachtet die Gewährschaftsregeln (BGB. §§ 459—480) als darauf ausschließlich anwendbar. Das Ergebnis des RG. billigt Adler (LeipzZ. 15, 1504), wenn auch unter Verwerfung der vom RG. gegebenen Begründung. Das RG. und seine Anhänger werden das sog. unbefangene, nicht reflektierende Rechtsgefühl immer auf ihrer Seite haben; denn der scharfe Gegensatz zwischen Qualitäts- und Quantitätsmängeln erscheint nicht nur dem Laien spitzfindig; § 378 sollte seiner Ausgleichung dienen und deshalb wird man jeder Auslegung zustimmen, die dieser Ausgleichung zustrebt. Aber das RG. bringt dieses Ziel der Ausgleichung nur in recht beschränktem Umfang, weil es die Falschleistung dem Gewährschaftsrecht nur nach Maßgabe der §§ 377, 378 unterwirft, d. h. unter Beschränkung auf die zweiseitigen Handelsgeschäfte, unter Ausschluß der Fälle des arglistigen Verschweigens des Mangels seitens des Verkäufers, unter weiterem Ausschluß der Fälle, wo wegen der erheblichen Abweichung der Ware die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachtet werden muß und endlich unter Ausschluß des Falles, in dem

der Verkäufer irrtümlich eine andere Ware geliefert hat, in welchem Falle dem Verkäufer die Kondiktion des Geleisteten nach §§ 812, 813 zustehen muß. So ist also die Ansicht des RG. keineswegs geeignet, die Verschiedenheit in der Behandlung von Falschlieferung und mangelhafter Lieferung zu beseitigen. Auf der anderen Seite erheben sich gegen die Ansicht des RG. mehrfache ernste Bedenken. Erstens bedarf es, wenn der Empfänger einer Falschlieferung den Wandlungs-, Minderungs- oder Schadensersatzanspruch nach § 463 BGB. geltend macht, stets zunächst der Feststellung, ob es sich um eine i. S. des § 378 HGB. genehmigungsfähige Leistung handelt. Eine entsprechende Feststellung ist nötig, wenn der Käufer nicht das Gewährschaftsrecht für sich anruft, sondern die Falschlieferung überhaupt nicht als Vertragsleistung anerkennt und vom Verkäufer anderweite Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt; denn nach der Ansicht des RG. stehen ihm bei genehmigungsfähiger Falschlieferung diese Rechte nicht, sondern nur die insbesondere der kürzeren Verjährung des § 477 BGB. ausgesetzten Ansprüche des § 480 zu. Sodann tritt zweitens die Ansicht des RG. materiell den Interessen des Verkäufers zu nahe, weil sie dem Käufer sofort nach freier Wahl das Recht auf Wandlung oder Abänderung gibt, ein Recht des Verkäufers auf Nachlieferung der richtigen Ware, wie es bei mangelhafter Lieferung in dem Recht auf Nachbesserung gegeben ist, ausschließt, während nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer nur das Recht hat, dem Verkäufer gemäß § 326 BGB. eine Nachfrist zu stellen. Drittens würde umgekehrt die Beschränkung des Käufers auf die Gewährschaftsansprüche ihm sein Recht auf Schadensersatz für die Fälle des Spezieskaufes meist ganz entziehen, weil die Ausnahmen des § 463 (Zusicherung einer Eigenschaft, arglistiges Verschweigen eines Fehlers) nicht oft vorkommen dürften. Beim Gattungskauf liegt die Sache für den Käufer zwar insoweit günstiger, als er bei Anwendung des Gewährschaftsrechtes wenigstens Ergänzung oder Nachlieferung nach § 480 Abs. 1 Satz 1 fordern kann; aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann er nicht nach Wahl, sondern wieder nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 480 Abs. 2 fordern. Auch das Recht des Käufers, Erfüllung des noch ganz oder teilweise unerfüllt gebliebenen Vertrages zu erhalten, wird bei Anwendung der Gewährschaftsregeln beeinträchtigt; ja die Falschlieferung entlastet danach beim Spezieskauf den falschliefernden Verkäufer geradezu von seiner Vertragspflicht .Die Ansicht des RG. führt viertens zu schon von Adler gerügten Folgeunrichtigkeiten; ist der Leistungsfehler gering, also genehmigungsfähig nach § 378, so wird der Käufer auf das Gewährschaftsrecht beschränkt, ist er aber schwerwiegend, verbessert sich die Rechtslage des Verkäufers, der nun einem Wandelungs- oder Minderungsanspruch nicht ausgesetzt ist und einen Rücktritt des Käufers nur unter den erschwerenden Erfordernissen des § 326 zu gewärtigen hat. Fünftens aber — und das ist der Hauptgegengrund — dient § 378 wie § 377 ausschließlich den Interessen des Verkäufers, den es gegen eine verspätete Beanstandung der gelieferten Ware schützen will. Wer aber in § 378 eine Erstreckung des Gewährschaftsrechtes auf die Falschlieferung findet, kehrt ihn in gewissem Sinne in sein Gegenteil um; denn das Gewährschaftsrecht bildet einen Sonderschutz für den Käufer. Wenn gegenüber dem RG. Adler das Gewährschaftsrecht auf alle, nicht nur auf die nach § 378 genehmigungsfähigen Falschleistungen ausdehnen will, so hätte diese Ansicht zwar den Vorzug größerer Folgerichtigkeit, läßt sich aber aus dem positiven Rechte nicht begründen.

3. Einfluß unbeanstandeter Falschlieferung auf den Vertragspreis. a) Leonhard, JW. 17, 90. Die §§ 377, 378 sind einseitige Schutzvorschriften für den Verkäufer. Deshalb ist der Käufer bei Versäumnis der Rüge verpflichtet, seine Käuferpflicht ebenso zu erfüllen wie bei einer mangelfreien oder richtigen Ware; er muß also den für eine solche Ware vereinbarten Preis zahlen; ein dem Minderwert entsprechender Abzug steht ihm nicht zu. Bei der fingierten Billigung einer mangelhaften Ware ergibt sich das aus dem unbestrittenen Fortfall des Anspruchs auf Minderung aus § 462 BGB. Bei der fingierten Billigung einer Zuweniglieferung muß es ebenso sein, da der Schutz des Verkäufers bei Lieferung einer mangelhaften Ware aus § 377 durch § 378 auf den

Fall der Zuweniglieferung ausgedehnt wird. Falsch ist also die von Oertmann, JW. 16, 1462 vertretene Ansicht, nach der für den Käufer der einzige Rechtsnachteil der versäumten Rüge einer Zuweniglieferung in dem Verlust des Anspruchs auf Zurückweisung der Teilleistung nach § 266 BGB. und des Anspruchs auf Nachlieferung des Restes gegen Bezahlung des auf ihn entfallenden Anteils des Preises sein soll. Gegen eine erhebliche Übervorteilung schützt den Käufer der Nachsatz des § 378, wonach die Billigung nicht fingiert wird, wenn sie der Verkäufer wegen der Erheblichkeit der Zuweniglieferung als ausgeschlossen erachten mußte. Dagegen ist mit Oertmann dem Verkäufer für eine gebilligte Zuviellieferung ein Preisaufschlag zu gewähren; denn aus einer nur zum Schutze des Verkäufers gegebenen Vorschrift darf der Käufer keine Rechte für sich herleiten. Der Fall der Anderslieferung ist ebenso zu behandeln wie der der Zuweniglieferung. Bei einer Minderwertigkeit des gelieferten „Anderen" folgt das schon aus dem oben Gesagten. Aber auch bei einem Mehrwert des „Anderen" lassen sich die für die Zuviellieferung geltenden Grundsätze nicht entsprechend anwenden. Bei der Zuviellieferung tritt nämlich nur eine verhältnismäßige Erhöhung des vereinbarten Preises ein; bei einer tatsächlichen Anderslieferung mußte man aber mit Oertmann anstatt des tatsächlich vereinbarten Preises den üblichen oder angemessenen Preis als stillschweigend vereinbart unterstellen, also hinsichtlich Ware und Preis den Inhalt des Kaufvertrags durch ein neues Kaufverhältnis ersetzen. Eine solche Folgerung kann aus der Fiktion der Billigung der gelieferten Ware nicht gezogen werden. Will der Verkäufer die gelieferte andere Ware wegen ihres höheren Wertes dem Käufer für den vereinbarten Preis nicht lassen, dann bleibt ihm der Anspruch auf Herausgabe der Ware nach § 812 BGB., der aber nach § 814 bei wissentlicher Lieferung einer anderen Ware wegfällt. Alle bisherigen Ausführungen gelten, mag der Preis vereinbart sein für die Gesamtlieferung in Gestalt einer Pauschsumme oder für die durch Zahl, Maß oder Gewicht bestimmten Einheiten der Warenmenge, endlich auch mag der übliche oder angemessene Preis ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein.

b) Beck, JW. 17, 91 wendet sich gleichfalls gegen die Ausführungen Oertmanns a. O. und zwar gegen die von Oertmann vertretene Ansicht der Anwendbarkeit des § 378 auf unbeanstandete Mehrlieferung.

4. Lieferung anderer Ware. **RG.** 26. 4. 17, LeipzZ. 17, 1053, R. 17 Nr. 1482. Das OLG. geht ohne Rechtsirrtum davon aus, daß nicht bloß ein sog. Qualitätsmangel vorliege, sondern daß der bekl. Käuferin, die statt Kalbfellen Ziegenfelle erhalten hat, eine andere als die bedungene Ware geliefert sei. Weiter ist einwandfrei angenommen, daß der Ausnahmefall des § 378 gegeben sei, weil das Gelieferte offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweiche, daß der Verkäufer die Genehmigung der Bekl. als ausgeschlossen habe erachten müssen. Hierbei ist festgestellt, daß Ziegenfelle für Tornister (die Muster waren Kalbfelle, Bekl. wollte Tornisterfelle, wofür sich Kalbfelle eignen) nicht verwendet werden dürfen; auch ist zutreffend erwogen, daß die Frage, ob eine den Ausnahmefall begründende Abweichung vorliege, nach den vorhandenen objektiven Merkmalen zu beurteilen sei, daß es somit nicht darauf ankomme, ob der Kl. keine Kenntnis von der Vertragswidrigkeit gehabt hat. Danach ist es nicht zu beanstanden, wenn das OLG. § 377 als unanwendbar ansieht.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

Nußbaum, Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht. Berlin 1917. S. 41ff. wird die Stellung des Kommissionsagenten untersucht und im Anschluß an RG. 69, 365 und JW. 17, 157 sowohl die unabdingbare sechswöchentliche Kündigungsfrist des § 92 Abs. 1 wie das außerordentl. Kündigungsrecht nach § 92 Abs. 2 HGB. für maßgebend erklärt, dem Kommissionsagenten auch der Schutz der §§ 89, 91 Abs. 2 zugebilligt und ihm weiter das gesetzl. Pfandrecht und die sonstigen Befugnisse des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten aus § 392 HGB. zugestanden. Nach dem Sinne des § 639 BGB. wird man die sechsmonatliche Frist für Verjährung des Schadensersatzan-

spruchs des Kommissionärs aus mangelhafter Ausführung der Kommission da anzuwenden haben, wo der wesentliche Gegenstand der Kommission in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges besteht, wie das regelmäßig der Fall sein wird; wo dagegen der Abschluß des Geschäftes mit dem Dritten nur den verhältnismäßig untergeordneten Bestandteil einer fortlaufenden Dienstleistung bildet, wie namentlich beim Kommissionsagenten, ist das Verhältnis dem Dienstvertrage verwandt und daher die Heranziehung des § 639 nicht am Platze, vielmehr greift dann § 195 BGB. ein. Für das Kündigungsrecht der Parteien ist die Frage nach der rechtlichen Natur der Kommission ohne Bedeutung. Was das Kündigungsrecht des Kommittenten anlangt, so bietet für alle agenturartigen Verhältnisse § 92 HGB. die sachgemäße Lösung. Im übrigen ist es unstreitig, daß der Kommittent die Kommission unbeschadet bereits entstandener Ansprüche des Kommissionärs widerrufen kann. Was aber das Kündigungsrecht des Kommissionärs — außerhalb des Agenturverhältnisses — betrifft, so hat der Kommissionär sich zwar pflichtgemäß um die Ausführung der übernommenen Kommission zu bemühen; die Ausführung auf unabsehbare Zeit hinaus immer wieder zu versuchen, kann man ihm aber nicht zumuten; hat er also die pflichtgemäße Sorgfalt aufgewendet, so darf er den Vertrag kündigen. Vielfach ist aber der Vertrag dahin aufzufassen, daß der Kommissionär — unter Wahrung der Interessen des Kommittenten — seine Bemühungen jederzeit einstellen darf. Wenn auch die Kommission Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB. ist, so passen die im § 673 für anwendbar erklärten §§ 663, 665—670, 672—674 nicht ohne weiteres auf die Kommission; vielmehr ist immer erst zu prüfen, welche Lösung aus dem Wesen der Kommission entnommen werden kann. Da z. B. die Kommission im Zweifel der Firma erteilt wird, erlischt sie nicht durch den Tod des Kommissionärs; andererseits wird bei der Kommission eines Privatmannes die Annahme, daß die Kommission auf dessen Erben übergehe, trotz § 672 BGB., nicht der Sachlage entsprechen. Dagegen findet der über § 362 HGB. hinausgehende § 663 BGB. auf den Kommissionär Anwendung.

§ 384.

Zweibrücken 30. 6. 13, OLG. 34, 380 Anm. Die allgemeine Ausführungsanzeige gilt als Erklärung, daß an Dritte verkauft sei. Der Kommittent ist deshalb zur Kündigung des Kommissionsvertrags berechtigt, wenn er nachweist, daß jene Anzeige unrichtig war.

§ 387.

RG. 1. 12. 16, HoldheimsMSchr. 17, 112. Der Einkaufskommissionär darf sich nicht ohne Wissen seines Kommittenten vom Verkäufer eine Provision zahlen lassen, die der Verkäufer in den Kaufpreis einrechnet.

§ 390.

Einfluß einer Beschlagnahme von Gegenständen eines Kommissionslagers durch die Militärbehörde. Colmar 14. 2. 17, vgl. §§ 346 ff. IV, 3 o.

§ 392.

Übergang der Forderungen auf den Kommittenten. KG. 13. 4. 17, OLG. 34, 380. § 392 Abs. 2 sagt nur, daß die Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär als Forderungen des ersteren gelten. Hier handelt es sich aber nicht um die Forderung des Kommissionärs gegen den dritten Käufer auf Bezahlung der Ware, sondern um eine von dem Dritten dem Kommissionär abgetretene Sparkassenforderung, auf deren Abtretung der Kommittent einen schuldrechtl. Anspruch haben mag, die aber mit dinglicher Wirkung nicht ohne besonderen Übertragungsakt auf ihn überging.

§ 396.

1. Anspruch des Einkaufskommissionärs gegen die Kommittenten auf Zahlung oder Sicherstellung bezüglich der dem Lieferanten gegenüber

eingegangenen Verbindlichkeiten. **RG.** 2. 2. 17, JW. 17, 467, LeipzZ. 17, 672, WarnE. 17, 153. Der regelmäßigen Gestaltung der kaufm. Kommission entspricht zwar, daß der Einkaufskommissionär an Stelle der vom Kommittenten selbst zu bewirkenden Befreiung von den Verbindlichkeiten, die er (der Kommissionär) aus Anlaß der Aufträge des Kommittenten dem (ausländischen) Lieferanten gegenüber übernommen hat, die Zahlung der für diesen Zweck aufzuwendenden Beträge zu seinen Händen fordern darf, um selbst die Entlastung herbeizuführen. Allein dieses Recht findet seine natürliche Schranke an der Zweckbestimmung der Zahlung, die den Kommissionär lediglich zur Erfüllung der von ihm auf Rechnung des Kommittenten eingegangenen Verpflichtungen in den Stand setzen soll. Solange der Kommissionär an der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten rechtlich behindert ist und zu deren Tilgung von den Gläubigern nicht angehalten werden, kann (während des Krieges bestehendes Zahlungsverbot an Ausländer), hat er auf Gewährung der hierzu erforderlichen Mittel keinen Anspruch. Sein Interesse erschöpft sich während dieser Zeit darin, daß der Kommittent ihn wegen der künftigen Bereitstellung der Erfüllungsmittel sicher stellt.

2. Provisionsforderung bei der Abwicklung von nicht börsenmäßigen Zeitgeschäften nach dem Ges. v. 4. 8. 14. Hamburg 23. 6. 16, OLG. 34, 382. „Zur Ausführung gekommen" ist ein Geschäft nicht nur dann, wenn eine in jedem Punkt dem Vertrag entsprechende Erfüllung eingetreten ist, sondern auch dann, wenn eine vom Vertrag abweichende Erfüllung wie hier auf Grund besonderer gesetzl. Vorschrift Platz greift. Daß § 1 des Ges. v. 4. 8. 14 nicht etwa gesetzl. einen Rücktritt einführt, sondern nur die Möglichkeit einer vorzeitigen Abwicklung gibt, ergibt sich aus der Begründung des Ges. Die Sache liegt mithin nicht so, daß der Anspruch auf die vertragl. Provision auszuscheiden hätte und nur ein solcher auf eine angemessene Provision in Frage kommen könnte.

§ 400.

1. **RG.** 11. 1. 17, R. 17 Nr. 467. Das Selbsteintrittsrecht muß außerhalb der Grenzen des § 400 besonders vereinbart sein und zwar nach § 405 durch ausdrückl., auf den Selbsteintritt gerichtete Willenserklärung. Selbsteintritt in dieser Form ist auch bei Versicherungsverträgen möglich. In der Behauptung, daß die Kl. der Bekl. sich zu besonderen, höheren Prämiensätzen verpflichtet habe, als die Bekl. selbst der Versicherung zu zahlen hatte, kann man eine Vereinbarung des Selbsteintritts vielleicht finden.

2. **RG.** 5. 6. 17, ElsLothZ. 17, 340. Die Duldung der Unterlassung der Mitteilung des Verkaufs an Dritte und der erzielten Preise macht das Kommissionsgeschäft nicht ohne weiteres zum Eigenkauf des Kommissionärs.

§§ 407ff.

Vorbemerkung zu Abschnitt 4—7:

Auf dem Gebiete des Verkehrsrechts zeigen manche neue durch den Krieg entstandenen wirtschaftl. Verhältnisse ihre Folgen: die Knappheit an gewissen Gütern und ihr ungewöhnlich hoher Preis auf der einen Seite, der Mangel an geschultem Arbeitspersonal andererseits haben eine bedenkliche Zunahme von Diebstählen auf dem Beförderungswege bewirkt. Infolgedessen werden die Verkehrsunternehmer wegen höherer Entschädigungen in Anspruch genommen. Sie suchen sich durch vertragl. Haftbeschränkungen zu schützen. Die Spediteure und Rollfuhrunternehmer haben überall neue Haftbedingungen eingeführt. Ihr wesentlicher Inhalt geht dahin, daß für Sachschaden nur bis zu einer bestimmten Grenze (z. B. 1,20 M. für je 1 kg) gehaftet wird, wenn dem Spediteur kein Versicherungsauftrag erteilt wird. (Über den Geltungsbereich solcher Bedingungen vgl. unten § 407 Nr. 2.) — Die Frage, ob die Diebstahlsgefahr zu den mit der Verladung in offenen Wagen besonders verbundenen Gefahren gehört, ist wiederum in zahlreichen Urteilen erörtert worden. Neu ist die Frage der Haftung der Eisenbahn für Sachschäden, die in den besetzten feindlichen Gebieten eingetreten sind (s. Vorbemerkung zum 7. Abschnitt).

Schrifttum zum Speditions- und Landfrachtrecht. Senckpiehl, Das Verbot der Versendung in Sammelladungen, SSZ. 17, 75. — Ders., Die Rechtsstellung des Empfangsspediteurs im Falle der Vorausvereinbarung fester Sätze für die Abfuhr, SSZ. 17, 200. — Ders., Die Inhalts- und Gewichtsangabe in den Empfangsquittungen, SSZ.

17, 234 und 250. — Ders., Adreßspediteur und Bahnprotokoll, SSZ. 17, 266. — Ders., Heben die Transportverbote die Verträge der Spediteure auf? SSZ. 17, 324. — Isaac, Gelten die Berliner Rollfuhrversicherungs- und Haftungsbeschränkungen auch gegenüber auswärtigen Gelegenheitsauftraggebern? SSZ. 17, 208.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 22. 12. 16, oben Ziff. 2 zu § 134 BGB. Vgl. dazu auch § 416 Nr. 3.

2. Isaac, SSZ. 17, 208. Die von den Spediteurvereinigungen größerer Städte eingeführten Haftungsbeschränkungen (HBeschr.) gelten nur für die Vertragsparteien, die die HBeschr. zum Vertragsinhalte gemacht haben. Sie gelten nicht gegenüber den Empfängern von Gütern, wenn die Auftraggeber auswärtige Versender sind, die die HBeschr. nicht kennen. Denn der Empfänger, welcher der Kontrahent des Spediteurs ist, übernimmt nur die selbständige Verpflichtung aus § 435 HGB., nach Maßgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten. Der Empfänger braucht daher die HBeschr., die für den Absender nicht gelten, ebenfalls nicht gegen sich gelten zu lassen. — Über die Geltung allgemeiner Beförderungsbedingungen vgl. § 425 HGB. Nr. 1.

3. München 24. 3. 16, OLG. 17, 384, SSZ. 17, 349. Liegt ein reiner SpedVertrag vor, so hat der Empfänger, der nicht zugleich der Auftraggeber des Sped. ist, keine Rechte gegen den Sped. Der letztere hat die Weisungen des Empfängers nicht zu beachten, denn er steht mit ihm in keinem Vertragsverhältnis. Der Empfänger kann daher einen Anspruch auf Schadensersatz nicht damit begründen, daß der Sped. seine Weisungen nicht befolgt habe. — Wenn der Versender dem Sped. Auftrag erteilt mit dem Bemerken: „Im Auftrage und zur Weiterbeförderung direkt an X", so ist dies kein Beweis dafür, daß der Versender im Namen des X den Speditionsauftrag erteilt; zumal der Sped. den Duplikatfrachtbrief nicht an X, sondern an den Auftraggeber herausgeben sollte.

4. Hamburg 28. 3. 17, R. 17, 1235. Die Stellung eines Begleiters für den Viehtransport ist ein auf Dienstverschaffung gerichteter Nebenvertrag, bei dem ein Einstehen für die Dienste ausgeschlossen ist. Die Verpflichtung der Viehtransportfirma beschränkt sich auf die Verladung der von auswärtigen Käufern gekauften Stücke Vieh in den Eisenbahnwagen. Stellt die Transportfirma außerdem auf Wunsch einen Begleiter, so ist dieser weder Erfüllungsgehilfe, noch im Sinne § 831 BGB. zu einer Verrichtung bestellt. Denn die Transportfirma hat den Begleiter nicht für sich, sondern für den Käufer angenommen.

5. Senckpiehl, SSZ. 17, 234 und 250. Die Sped. bekennen in den Empfangsbescheinigungen, in denen Gewicht und Inhalt der Güter angegeben wird, in der Regel nicht, ein Gut mit dem bestimmten Gewicht und von einem bestimmten Inhalt erhalten zu haben. Denn die Gewichts- und Inhaltsangaben nehmen sie in der Bescheinigung lediglich auf Grund der ihnen selbst gemachten Angaben auf, ohne diese Angaben nachzuprüfen und ohne zu dieser Nachprüfung verpflichtet zu sein. Die Inhalts- und Gewichtsangaben dienen nur zur Identifizierung der Güter.

6. Über Standgelder, SSZ. 17, 27. Standgelder für Wagen, welche der Sped. zu entladen hat, sind vom Sped. im Verhältnis zu seinem Auftraggeber nur dann zu tragen, wenn er fahrlässig den Auftrag hat unerledigt liegen lassen.

II. Rechtsverhältnis des Spediteurs zu dritten Personen.

1. Frachtrabatte. Hamburg 14. 7. 16, LeipzZ. 17, 79. Der Vertrag der Sped. mit den Reedereien über Frachtrabatte hat zum Inhalte, daß der Rabatt für den Fall wegfällt, daß der Sped. sich für die bestimmte Verkehrsstraße einer Konkurrenzlinie bedient. Er verpflichtet aber niemals den Sped. zum Ersatze des Schadens, welcher der Reederei dadurch entsteht, daß der Sped. sich ihrer Linie nicht bedient.

2. **RG.** 1. 2. 16, SSZ. 17, 175. Es ist gebräuchlich, daß Kaufleute, besonders Bankiers und Spediteure, welche Waren oder Urkunden über solche für ihre Kunden in Händen

haben, sie den Abkäufern ihrer Kunden anbieten mit der Bedingung, daß die Zahlung an sie selbst geleistet wird. Macht der Abnehmer von diesem Angebote Gebrauch, so wird er entspr. verpflichtet. Es entsteht ein von dem Kaufvertrag verschiedenes Schuldverhältnis, kraft dessen der Empfänger der Ware dem Hingeber zur Zahlung verpflichtet ist.

§ 408.

1. Stuttgart 23. 1. 17, SGZ. 17, 274. Wenn der Sped. versprochen hat, für gewisse Handlungen eines Zwischenspediteurs Sorge zu tragen, so ist dies nicht als ein Garantieversprechen dafür aufzufassen, daß der Sped. für die Handlungen des Zwischensped. selbst einstehen wolle. Er haftet vielmehr nur für Sorgfalt bei der Auswahl des Zwischensped.

2. KG. 23. 10. 15, EisenbE. 53, 79, SGZ. 16, 17. Der Sped. übernimmt durch die Erklärung, er hafte entweder für den Fakturenbetrag oder für die Ware, keine weitere Haftung, als ihm durch das Gesetz auferlegt ist.

3. AG. Berlin-Mitte, 24. 11. 16, SGZ. 17, 60. Der Vermerk im Frachtbriefe: „Beantrage bahnamtl. Kontrolle beim Entladen des Waggons" hat für den Empfangssped. keine Bedeutung, sondern nur für die Eisenbahn. Der Empfangssped. haftet nicht für das Fehlen eines Stückes in dem Eisenbahnwagen, wenn er bei der Ausladung die Stücke genau nachzählen läßt und dabei das Fehlen eines Stückes feststellt.

§ 409.

Posen 25. 4. 17, PosMSchr. 17, 61. Der Erfüllungsort für den Anspruch des Sped. gegen den Versender auf Bezahlung des verauslagten Zolles ist der Wohnsitz des Sped.

§ 411.

Vgl. § 408 Nr. 1.

§ 413.

I. Frachtübernahme.

1. Hamburg 16. 5. 17, SGZ. 17, 290. Speditionen zu festen Sätzen, die sich auf einen Seetransport beziehen, sind gemäß § 413 nach Seefrachtrecht (§§ 556ff. HGB.) zu beurteilen.

2. **RG.** 22. 9. 16, SGZ. 17, 282. Der Sped. hat (ebenso wie der Verkäufer) bei einer Cif-Lieferung nur eine gewöhnl. Versicherung in dem handelsübl. Umfange zu nehmen. Ungewöhnliche Mehrbelastungen, z. B. Prämienzuschläge wegen Kriegsausbruchs, gehen zu Lasten des Auftraggebers (bzw. des Käufers).

II. Sammelladung.

1. LG. Leipzig 30. 5. 16, SGZ. 17, 75. Der Sped., welcher ein Gut in Sammelladung verschickt, obwohl ihm das vom Auftraggeber verboten ist, haftet nur für den durch die Benutzung der Sammelladung entstandenen Schaden. Ein „Verlust" ist nicht ohne weiteres auf die Benutzung der Sammelladung zurückzuführen.

2. Senckpiehl, Adreßspediteur und Bahnprotokoll, EisenbE. 33, 232, SGZ. 17, 266. Der Adreßsped. einer Sammelladung haftet für die Folgen, welche aus der Unterlassung der bahnamtl. Feststellung eines bei der Entladung entdeckten Schadens entstehen.

§ 414.

RG. 19. 12. 14, SGZ. 17, 19. Die Verlängerung der Verjährungsfrist braucht sich nicht auf eine kalendermäßig feststehende Frist zu erstrecken, sondern kann auch in der Weise bestimmt werden, daß die gesetzl. Frist um die Zeit von einem gegebenen, innerhalb der laufenden Frist liegenden Tage bis zum Eintritt eines bestimmten zukünftigen Ereignisses, z. B. bis zur Erhebung der Regreßklage, verlängert wird.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

Schrifttum: Barth, Beleihung von Lagergütern, SGZ. 17, 101. — Senckpiehl, Die Kriegslasten des Lagerhalters, SGZ. 17, 59.

§ 416.

1. KG. 28. 4. 17, SGZ. 17, 183. Durch die Einlagerung von unanbringlichen Gütern seitens der Eisenbahn bei den Bahnsped. entsteht ein Lagervertrag zwischen dem Absender des Gutes und dem Bahnsped.; denn die Eisenbahn handelt im Namen des Frachtberechtigten.

2. Mietsvertrag oder Lagervertrag, SGZ. 17, 165. Der Aufsatz bringt die Unterscheidungsmerkmale zwischen den (in der Praxis oft ineinanderlaufenden) Miets- und Lagerverträgen.

§ 417.

KG. 28. 4. 17, SGZ. 17, 184. Gibt der Einlagerer den Inhalt des Lagergutes unrichtig oder unvollständig an, so kann er für den Verlust der verschwiegenen Inhaltsstücke den Lagerhalter nicht haftbar machen, wenn durch die unrichtige Angabe der Schaden mitverursacht ist, wenn also z. B. die verschwiegenen Inhaltsstücke besonders wertvoll waren.

§ 420.

Senckpiehl, Die Kriegslasten des Lagerhalters, SGZ. 77, 59. Die Mühewaltungen, welche dem Lagerhalter mit den ihm durch die KriegsVO. auferlegten Bestandsmeldungen (BestM.) der Kriegsrohstoffe erwachsen sind, sind ihm vom Einlagerer zu vergüten. Die BestM. sind Nebenleistungen des Lagerhalters. Sie sind ihm auch dann zu vergüten, wenn er im Lagervertrage hierüber nichts bedungen hat; der Umstand, daß die BestM. unmittelbar dem Lagerhalter auferlegt sind, hindert nicht die Verpflichtung des Einlagerers, diese Mühewaltung zu bezahlen.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

§ 425.

1. KG. 9. 10. 15, EisenbE. 33, 71, SGZ. 16, 356. Allg. Beförderungsbedingungen sind auch dann Vertragsbestandteile, wenn sie dem Gegner aus einem früheren Vertrage bekannt sind. Geltung der allgemeinen Beförderungsbedingungen vgl. § 407 I Nr. 2.

2. Über Isaac, SGZ. 17, 208 vgl. bei § 407 I Nr. 2.

3. Hamburg 28. 6. 17, LeipzZ. 17, 1282. Die Verpfl. zur Beschaffung von Schiffsraum zur Beförderung einer bestimmten Ladung auf einer bestimmten Strecke und zu einer gewissen künftigen Zeit enthält eine generische TranspLeistungsverpfl. Denn ein bestimmter Dampfer ist in dem Vertrage nicht genannt. Die Gefahr des Untergangs des TranspMittels geht auf den Absender erst über, wenn der spezielle Dampfer benannt ist. Dies darf aber erst erfolgen, wenn er kurz vor der Ladebereitschaft steht.

4. Senckpiehl, SGZ. 17, 200. Die Preisvereinbarung über die künftige Abfuhr von Gütern vom Bahnhofe usw. bezieht sich im Zweifel nur auf die sog. Normalgüter oder Kaufmannsgüter, aber nicht auf Schwergüter, Sperrgüter und Kostbarkeiten.

5. Die Fälligkeit der Fracht, SGZ. 17, 289. Ist das Frachtgut nicht rechtzeitig oder in mangelhaftem Zustande abgeliefert, so kann der Auftraggeber, bzw. Empfänger, nicht einfach die Zahlung der ganzen Fracht verweigern, sondern nur einen verhältnismäßigen Teil. Nur wenn die Fracht an sich einen geringen Betrag ausmacht, darf die ganze Fracht verweigert werden.

§ 429.

1. LG. Nürnberg 5. 5. 17 (vgl. auch den Aufsatz: Das Risiko bei Schwergütern, SGZ. 17, 281). Die Ablieferung von Schwergütern durch den Rollfuhrunternehmer an den Empfänger (E.) des Gutes erfolgt handelsüblich vor dem Hause des E. auf dem Rollwagen. Das Abladen ist Sache des E. — Dagegen erachtet das LG. Nürnberg einen solchen Handelsbrauch für Nürnberg nicht erwiesen.

2. LG. I Berlin 15. 12. 15, EisenbE. 33, 91, SGZ. 16, 49. Wenn ein Frachtgut mit Rücksicht auf seinen Umfang und sein Gewicht oder wegen der Notwendigkeit beson-

derer Behandlung sich zur Abladung durch den Kutscher nicht eignet, so findet die Ablieferung an den Empfänger in der Weise statt, daß der Rollfuhrunternehmer das Gut vor dem Hause des Empfängers diesem zur Verfügung hält.

§ 431.

1. Hamburg 4. 4. 17, HansRZ. 1, 35. Der Schlepper ist Erfüllungsgehilfe des Frachtführers (FrFührer), wenn die Beförderung nach der Absicht der Parteien nur auf dem Wasserwege durch einen von einem Schlepper gezogenen Leichter ausgeführt werden sollte. Der FrFührer hat demnach für ein Verschulden des Schleppers einzustehen, wie für eigenes Verschulden. **RG.** 78, 380 habe allerdings das Gegenteil erkannt, sei aber davon später in Sachen L. u. R. gegen E. abgewichen.

2. **RG.** 11. 12. 15, EisenbE. 33, 90, LeipzZ. 16, 610. Der FrFührer, welcher einen Transport durch einen Schlepper ausführen läßt, haftet für Verschulden desselben wie für eigenes. Er kann sich auf die in den Hamburg-Altonaer Ewerführerbedingungen enthaltenen Haftbeschränkungen nicht berufen.

3. Mittelstein, Die Haftung des Frachtführers für seinen Schlepper als Erfüllungsgehilfen, HansRZ. 1, 32. In **RG.** 6. 5. 15 handelt es sich um einen Schlepper, welcher ausschließlich zur Verfügung des FrFührers stand und sich dabei vollkommen nach den Weisungen des FrFührers richten mußte. Solcher Schlepper ist Erfüllungsgehilfe. — In **RG.** 24. 2. 12 hatte sich der FrFührer keinen besonderen Schlepper angenommen, sondern seinen Kahn in einen großen Schleppzug eingestellt, über den vertragsmäßig und nach der PolizeiVO. der Schlepper das Kommando hatte.

§ 432.

RG. 23. 1. 17; 89, 342. Vgl. Art. 18 FÜ.

§§ 434—436.

Marienwerder 24. 4. 17, PosMSchr. 17, 16. § 435 befaßt sich mit der Erfüllung des FrVertr. und bestimmt, daß die beiderseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen seien. § 436 dagegen sagt keinesfalls, wie Eger annimmt, daß der Empfänger durch Annahme des Gutes in den FrVertr. eintrete, sondern setzt bestimmte Rechtsfolgen fest, die sich an die Ausantwortung des Gutes und des FrBriefs knüpfen, er konstruiert ein durch bestimmte Vorgänge entstehendes Rechtsverhältnis und bestimmt selbständig und unabhängig vom § 435 (§ 76 Abs. 1, 2 EVO.), in welchem Umfange Rechtsfolgen daraus entstehen.

§ 436.

Senckpiehl, Haftung des Empfängers für die Frachtkosten, SSZ. 17, 266, vgl. JDR. 15, 655.

§ 438.

Nürnberg 1. 10. 17, R. 17, 2097. Ist die Fracht im voraus bezahlt, so erlöschen die Ansprüche gegen den FrFührer lediglich durch die Annahme des Gutes. Das gilt wenigstens dann, wenn der Absender und Empfänger identisch ist, dem Empfänger also ohne weiteres bewußt ist, daß durch die Annahme des Gutes das FrGeschäft endgültig abgewickelt ist. (Vgl. LeipzZ. 08, 85, EisenbE. 24, 175.)

§ 439.

Vgl. § 414 HGB.

§ 446.

RG. 18. 12. 15, EisenbE. 33, 189, LeipzZ. 16, 386. Eine Haftung des Frachtführers aus dem Rekta-Ladeschein tritt nur ein, wenn er ihn in verpflichtender Absicht übertragen hat (Begebungsvertrag).

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§§ 453ff.

Vorbemerkung. Die Eisenb. werden in immer weiterem Umfange für milit. Zwecke in Anspruch genommen und dem wirtschaftl. Verkehr entzogen. Wo angängig wird der Verkehr von der Eisenb. auf den Wasserweg übergeleitet (Erl. des preuß. ArbMin. v. 4. 11. 16). Immerhin haben die Eisenb. auch im Berichtsjahre noch den überwiegenden Anteil des gesamten wirtschaftl. Binnenverkehrs bewältigt. — Der ungewöhnlich gestiegene Wert vieler Güter und die vermehrte Diebstahlsgefahr haben die TransportVers. und die Angabe des Interesses an den beförderten Gütern (§§ 92ff. EVO.) zur größeren Bedeutung gebracht. Die Interesseangabe umfaßt eine Art Vers. der Lieferfrist. Hat solche aber noch irgend einen Wert, nachdem durch die Bek. v. 10. 8. 14 die Lieferfristen sämtlich aufgehoben sind? Diese Frage beantwortet bejahend die Entsch. bei § 75 EVO. Nr. 4. Über die dabei entstehenden Schwierigkeiten der Rechtsanwendung vgl. SSZ. 17, 167 und ZIE. 17, 312. — Die Haftung der Eisenb. bei Diebstählen aus offenen Wagen ist weiter eifrig behandelt worden. Berichte hierüber finden sich ZIE. 17, 147, 350 und 370. Wir verweisen auf unseren Bericht bei § 86 EVO. I. Nachdem das RG. (IDR. 14, 515) und der oberste österreichische Gerichtshof (s. unten bei § 86 I Nr. I) die Haftung der Eisenb. grundsätzl. bejaht haben, wird die Frage jetzt ihre Erledigung gefunden haben. — Der wirtschaftl. Verkehr nach den besetzten feindl. Gebieten (Belgien, Polen) hat einen großen Umfang angenommen. Die Bahnen in diesen besetzten Gebieten stehen ausschließlich unter milit. Kommando; sie haben jede Haftung für Sachschaden in ihren Tarifen ausgeschlossen. Ob aber die inländ. Bahnen, welche Güter nach den besetzten Gebieten annehmen, für Sachschaden haften, die in den besetzten Gebieten eingetreten sind, ist in Schrifttum und Rechtspr. erörtert worden. Vgl. unten § 84 III. Die Frage ist grundsätzlich verneint worden.

Einen interessanten Versuch hat der Appellations-Eisenbahn-Fachsenat des Budapester Kgl. Gerichtshofes gemacht. Bei der Anwendung der §§ 86, 87 EVO. kommt es zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten tatsächlicher Art, insbesondere, ob die Güter besonders transportgefährdet sind, inwieweit Verpackungen erforderlich sind, welche Gewichtsverluste normal sind usw. In jedem Prozesse werden neue Sachverst. über stets die gleichen Fragen vernommen. Die Gutachten der Sachverst. sind keineswegs einig. Der genannte Gerichtshof will über solche wichtigeren Fragen besonders sorgfältig ausgesuchte Sachverst.-Kollegien vernehmen und deren Gutachten veröffentlichen, in der Erwartung, daß diese Gutachten gemäß der ihnen innewohnenden Überzeugungskraft die Parteien von ähnlichen Prozessen abhalten werden. Die ersten Gutachten sind in dem Budapester Eisenbahn-Tarif- und Verkehrs-Anzeiger 17, 153 abgedruckt. Sie verhalten sich über die Zerbrechlichkeit von Glasballons und das Eintrocknen roher Schafwolle.

Schrifttum: Coermann, Eisenbahnverkehrsordnung — Eisenbahnbetriebsreglement. Eine Rechtsvergleichung, EisenbE. 33, 225. — Eger, Zur Auslegung des § 20 EVO., EisenbE. 33, 139. — Gießner, Verfolgung der Fahrgeldhinterziehung im Zivil- und Strafrechtswege, KGBl. 17, 62. — Graff, Außervertragsmäßige und vertragsmäßige Haftung der preußischen Eisenbahnen für den durch Funkenflug verursachten Schaden, EisenbE. 33, 346. — Jacoby, Die Rechtsstellung des Eigentümers gegenüber rollendem Eisenbahnfrachtgut, EisenbE. 33, 119. — Ders., Die Sicherheit der Bank bei Vorschußerteilung auf rollende Ware, GoldschmidtsZ. 80, 305. — de Jong, Haftung der deutschen Eisenbahnen in den besetzten Gebieten, JW. 17, 342. — v. d. Leyen, Haftung der Eisenbahn für Verlust und Beschädigung von Frachtgut und Gepäck in den besetzten Gebieten, JW. 17, 325. — Schiemann, Haftung der Eisenbahn, JW. 17, 88. — Senckpiehl, Haftung der Eisenbahn für Sachschaden in den besetzten Gebieten, SSZ. 17, 135.— Ders., Haftung für die Ausführung der Zwangsentladung, SSZ. 17, 265. — Ders., Adreßspediteur und Bahnprotokoll, EisenbE. 33, 232, SSZ. 17, 266. — Werneburg, Der Gepäckschein, EisenbE. 33, 236.

Eisenbahnverkehrsordnung.

§ 5.

1. **RG.** 19. 6. 16; 88, 317. Durch § 5 EVO. wird zwar eine Haftung der Eisenbahn für Schmerzensgeld aus § 847 BGB. nicht begründet (vgl. IDR. 15, 657), denn § 5 regelt allein die Haftung der Eisenb. aus dem Beförderungsvertrage. Der Anspruch auf Schmerzensgeld wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Beförderungsvertrag vorliegt. Durch den BefVertrag kann die Haftung aus unerlaubter Handlung beeinflußt werden.

Aber für die Annahme, daß der Abschluß eines BefVertrages mit der Eisenb. deren Haftung aus unerl. Handl. ausschließen solle, fehlt jeder Anhalt.

2. ÖOG. 30. 5. 16, ZJE. 17, 298, EisenbE. 33, 418, ZolluSpedZ. 16, Nr. 26. Wenn sich die Eisenb. bei der Benachrichtigung des Empfängers von der Ankunft des Gutes der Post bedient, so haftet sie für Versehen der Post nach § 5 EVO. → Die Entsch. steht im Widerspruch zur herrsch. Meinung. ←

§ 6.

1. **RG.** 5. 10. 15, EisenbE. 33, 68, WarnE. 16, 459. Wird statt des bahnamtl. Leitungsweges ein anderer Weg vorgeschrieben (was bei Eilgütern zulässig ist), so darf nicht die Fracht wie im gebrochenen Verkehr für jede Teilstrecke besonders berechnet, sondern es muß der direkte Tarif angewendet werden. Vgl. JDR. 14, 513 (§ 67).

2. Hamburg 2. 5. 17, JW. 17, 775, R. 17, 1484, SSZ. 17, 357. Alle in den Spezialtarifen nicht genannten Güter gehören in die allg. Wagenladungsklasse. Die Güter, für welche ein Spezialtarif beansprucht wird, müssen genau so bezeichnet werden, wie es der Spezialtarif vorsieht. Ist darin nur vorgesehen „Zuckerrübenschnitzel, welche zur Zichorienfabrikation bestimmt sind", so darf das Gut im Frachtbrief nicht als „Zuckerrübenschnitzel zur Herstellung von Kaffee-Ersatzmitteln" bezeichnet werden. Andernfalls tarifiert es nach der allg. Wagenladungsklasse.

3. Vgl. die Entsch. bei Art. 6 JÜ.

§§ 10ff.

RG. 19. 10. 16, LeipzZ. 17, 543, PosMSchr. 17, 12, R. 17, 190—191. Der Transp.-Unternehmer hat für die Sicherheit der Reisenden zu sorgen vom Antritt bis zur Beendigung der Reise, also auch während des Aufenthalts des Zuges auf den Zwischenstationen. Er hat die ordnungsmäßige Beschaffenheit der Einrichtungen der TranspMittel aus dem Vertrage zu vertreten. Ist eine Beschädigung des Reisenden durch einen herabfallenden Flankierbaum im Viehwagen eingetreten, so ist der Vertrag nicht erfüllt und den Beförderungsunternehmer trifft die Beweislast, daß der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist. — Allerdings muß auch für den aus Beförderungsvertrag zu begründenden Anspruch der Kl. zunächst den Nachweis führen, daß der Unfall durch einen Beförderungsvorgang oder eine Beförderungseinrichtung verursacht worden ist. Der erstere Fall fällt mit dem Betriebsunfalle des § 1 HpflG. allerdings zusammen; der andere führt darüber hinaus. Für die Begr. des Anspruchs aus BefVertrag genügt es, daß der Kl. seine Verletzung dadurch erlitten hat, daß eine Einrichtung des Wagens, in dem er sich befand, versagte, ein Einrichtungsstück sich aus seiner Befestigung löste und den Schaden anrichtete; es ist gleichgültig, ob der Anstoß dazu von außen kam, durch Rangierbewegung oder ob er im Innern des Wagens selbst zu suchen ist.

§ 13.

Celle 18. 10. 16, LeipzZ. 17, 77. Schließen mehrere Personen einen Beförderungsvertrag mit einer öffentl. Verkehrsanstalt (Straßenbahn), so kommt mit jeder Person ein besonderer Vertrag zustande. Dies entspricht dem Willen der Verkehrsanstalt und den Umständen (§ 328 BGB.). Denn es liegt im Wesen einer öffentl. Beförderungsanstalt, daß sie die Beförderungspflicht in gleicher Weise gegenüber jedem Fahrgaste übernimmt, einerlei, wer ihr dabei als Vertragschließender gegenübersteht. Ein Ehemann, welcher den Fahrpreis für seine Ehefrau bezahlt hat, kann hiernach nicht den Schadensersatz verlangen, welchen er dadurch erleidet, daß seine Ehefrau ihm keine häusl. Dienste leisten kann.

§ 16.

1. LG. Plauen 16. 11. 14, EisenbE. 33, 185. Die Gültigkeit einer Fahrkarte hängt nicht davon ab, daß sie vor Antritt der Reise vom Bahnsteigschaffner gelocht ist.

2. Gießner, Verfolgung der Fahrgeldhinterziehung im Zivil- oder Strafrechts-

wege, KGBl. 17, 62. Die Fahrpreiszuschläge des § 16 EVO. sind gesetzl. festgelegte Vertragsstrafen, können daher weder nach § 138 BGB. nichtig sein, noch unterliegen sie der richterl. Nachprüfung nach § 343 BGB. Die Ansprüche der Eisenb. auf diese Fahrpreiszuschläge sind im Zivilrechtswege geltend zu machen. Sie sind ohne den Nachweis eines Verschuldens des Pflichtigen fällig und schon mit der Zuwiderhandl. verwirkt. Die Einziehung der Fahrpreiszuschläge hindert nicht ein etwa daneben gehendes Strafverfahren wegen Betruges oder Urkundenfälschung. Nur wenn die Eisenbahn auf Grund der §§ 37, 82 EVO. eine StrafVfg. erläßt, die neben der Einziehung des Fahrpreiszuschlags zulässig ist, kommt wegen der durch die Strafverfolgung abgegoltenen Handlung ein weiteres Strafverfahren vor den ordentl. Gerichten nicht in Betracht.

§ 20.

Eger, Zur Auslegung des § 20 EVO., EisenbE. 33, 139. Reisende der I. Wagenkl. brauchen nicht zu dulden, daß Reisende der III. oder IV. Wagenkl. in ihr Abteil einsteigen. Sie können vom Zugpersonal sofortige Ausweisung solcher Reisenden verlangen. Schadensersatzansprüche sind jedoch ausgeschlossen.

§ 32.

1. Posen 31. 10. 16, OLG. 34, 391. Der vom Absender angetretene Beweis über die Ordnungsmäßigkeit der Gepäckaufgabe war nicht zu erheben; denn die Eisenb. ist beweispflichtig dafür, daß entgegen dem zu vermutenden normalen Verlauf der Dinge eine Verwechslung schon bei der Aufgabe vorgekommen ist. Ebenso ist die Unzulässigkeit der Reisegesellschaft unerheblich; denn sie hätte nur zur Ablehnung der Annahme des Gepäcks oder zu einer anderweitigen Gepäckfrachtberechnung führen können; auf die Erstattung des Werts des übergebenen, aber abhanden gekommenen Gepäcks ist sie ohne Einfluß.

2. Werneburg, Gepäckschein, EisenbE. 33, 236. Der Gepäckschein ist nur Legitimationspapier und Beweispapier, nicht Inhaberpapier.

§§ 35, 36.

1. LG. Königsberg 12. 3. 17, JW. 17, 494, R. 17, 521. Aus direkten Gepäckscheinen nach dem besetzten feindl. Gebiet haftet die Deutsche Annahmebahn nicht für Verlust oder Beschädigung nach Überschreitung der Reichsgrenze. Der Aufdruck: „Beförderung nach . . . des Tarifs" umfaßt auch die Vorschriften des Militäreisenbahntarifs, also auch den darin enthaltenen Haftungsausschluß.

2. Posen 31. 10. 16, OLG. 34, 391. Für den Verlust eines am 30. 7. 1914 aufgegebenen Gepäckstücks durch Verwechslung ist die Eisenb. haftbar. Der Einwand der höheren Gewalt ist nicht begründet. Hier liegt nur plötzl. Steigerung des Betriebes vor. Soweit er erledigt wurde, mußte es ordnungsmäßig geschehen. Das Fehlen des Verschuldens eines Beamten reicht nicht aus.

§ 54.

ÖOG. 23. 11. 15, EisenbE. 33, 88, ZolluSpedZ. 16 Nr. 4. Kinematographische Films sind weder Kunstgegenstände noch Kostbarkeiten.

§ 55.

RG. 24. 11. 16, R. 17, 104. Jeder Frachtbrief beurkundet einen besonderen Frachtvertrag; soviel Frachtbriefe, soviel Frachtverträge.

§ 56.

ÖOG. 21. 12. 15, EisenbE. 33, 190, ZJE. 17, 270, ZolluSpedZ. 16 Nr. 6. Der Vermerk im Frachtbrief: „Bei offenem Fenster zu verladen" hat für die Eisenb. keine Bedeutung. Auch wenn die Eisenb. die Verladung nach dem Tarif vorgenommen hätte, stellt die Unterlassung der Fensteröffnung beim Verladen der Zitronen keine Fahrlässigkeit dar, da am Verladungsorte (Triest) das Einladen üblicherweise durch eine Akkord-Gesellschaft ausgeführt wurde.

§ 58.

1. Die Gewichtsfeststellung der Frachtgüter, SSZ. 17, 27. Die Eisenb. darf Wagenladungsgüter auf der Gleiswage verwägen, aber diese Verwägungsart ist keine ausschließliche; Verwägung der einzelnen Frachtgüter auf der Dezimalwage ist ebenfalls zulässig und im Zweifel ist dieser wegen ihrer größeren Zuverlässigkeit der Vorzug zu geben.

2. Königsberg 27. 1. 16, OLG. 17, 387, SSZ. 17, 366. Die Verwägung der Stückgüter durch die Eisenb. beruht nicht auf einem besonderen Werkvertrage, sondern dient lediglich zur Feststellung der Frachtgebührnisse. Für unrichtige Verwägung haftet die Eisenb. deshalb nicht nach §§ 633—635 BGB., sondern nur insoweit, als dadurch die Erfüllung des Frachtvertrages in Frage gestellt wird. Die Eisenb. haftet vor allem nicht für den Schaden, den der Frachtberechtigte dadurch erleidet, daß er im Vertrauen auf die bahnamtl. Gewichtsermittelung das in Wirklichkeit falsche Gewicht bei der Erfüllung eines Kaufvertrages zugrunde legt (vgl. Senckpiehl, EVO. 225, EisenbE. 22, 304, SeuffA. 69, 279; aM. Loening, PosMSchr. 13, 25).

→ Ob diese Entsch. sich lediglich auf Stückgüter bezieht, welche die Eisenb. ohne besonderen Auftrag und unentgeltlich verwägt, ist aus dem Bericht nicht zu ersehen. Wagenladungsgüter und solche Stückgüter, welche der Absender zu verladen hat, werden von der Eisenb. nur auf Antrag des Absenders und gegen Berechnung von Wägegeld gewogen. Diese entgeltl. Verwägungen sind als eine auf einem Werkvertrage beruhende Nebenleistung zu betrachten. Die Eisenb. ist nach den §§ 433ff. BGB. und §§ 3, 5, 6 EVO. haftbar. Vgl. Senckpiehl, EisenbTranspGeschäft 226, JDR. 15, 662 bei Art. 7 IÜ. ←

§ 60.

LG. Stettin 16. 10. 15, EisenbE. 33, 75, SSZ. 15, 417. Frachtzuschläge dürfen von der Eisenb. nicht erhoben werden, wenn ihr selbst beim Vertragsschluß schon die Falschdeklaration bekannt ist. Sie ist jedoch nicht allgemein verpflichtet, auf eine Klarstellung der Inhaltsangabe hinzuwirken. Vgl. JDR. 14, 512 (§ 60 Nr. 3).

§ 61.

1. **RG.** 24. 11. 16, R. 17, 105. Der EisenbFrachtvertr. setzt voraus, daß wenigstens ein Frachtstück zur Beförderung aufgeliefert ist. Ist der Abschluß eines Frachtvertr. durch den abgestempelten Frachtbrief als erwiesen anzusehen, so ist der Beweis für die Übergabe wenigstens eines Frachtstückes erbracht.

2. ÖOG. 4. u. 11. 1. 16, EisenbE. 33, 197 und 295, ZolluSpedZ. 16 Nr. 7. Ein Frachtvertrag ist erst dann abgeschlossen, wenn das ganze Frachtgut, also alle Stücke, der Eisenb. übergeben sind.

3. LG. I Berlin 14. 10. 15, EisenbE. 33, 73, SSZ. 16, 9. Güter, die mit der Eisenb. in Berlin eingetroffen sind und auf dem Packhof lagern, müssen bei Abschluß eines neuen Frachtvertrages der Eisenbahn wieder besonders übergeben werden.

4. LG. Karlsruhe 19. 10. 15, EisenbE. 33, 76, LeipzZ. 16, 493. Absender braucht nicht derjenige zu sein, der als solcher im FrBriefe bezeichnet ist; Absender ist derjenige, welcher den FrVertrag mit der Eisenb. abgeschlossen hat. → Diese Ansicht ist für das Eisenbahnrecht nicht anzuerkennen, denn der EisenbFrVertr. ist ein Formalkontrakt. Zu seinem Zustandekommen ist der FrBrief, welcher den richtigen Absender enthalten muß, erforderlich. ←

§ 68.

Vgl. § 6.

§ 70.

ÖOG. 20. 5. 16. Vgl. unten bei § 97 EVO.

§ 72.

Abs. 4. Königsberg 24. 4. 17, OLG. 34, 385. Die Eisenb. hat gegen den Empfänger einen Anspruch auf Ersatz der dem Absender gemäß Abs. 4 erstatteten Nachnahme

nicht ohne weiteres aus dieser Vorschrift, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 436 HGB.

§ 73.

Über die Einlagerung der unanbringlichen Güter vgl. § 416.

§§ 73, 76.

ÖOG. 29. 2. 16, EisenbE. 33, 310, ZolluSpedZ. 16 Nr. 15. Der Empfänger bleibt verfügungsberechtigt und demnach klageberechtigt, auch wenn er die Annahme des FrGutes abgelehnt hat. → Diese Entsch. entspricht nicht dem deutsch. Recht § 333 BGB. ←

§ 74.

1. LG. Linz 4. 2. 16, AllgTarifAnz. 16, 321, EisenbE. 33, 303. Bei Beförderungshindernissen hat die Eisenb. — im Gegensatz zu Ablieferungshindernissen — den Absender unter allen Umständen zu benachrichtigen und um Weisung zu ersuchen, wenn ein Hilfsweg nicht vorhanden ist.

2. Bezirksgericht für HS. in Wien 18. 2. 16, AllgTarifAnz. 16, 282, EisenbE. 33, 306, ZJE. 17, 375. Ist im FrBrief weder der Beförderungsweg, noch der Tarif vorgeschrieben, so hat die Eisenb. den billigeren Tarif zu berechnen, auch wenn der diesem Tarif entsprechende Weg gerade gesperrt war und das Gut deshalb auf einem längeren Wege befördert werden mußte.

§§ 75, 94.

1. Königsberg 30. 1. 17, OLG. 17, 388, PosMSchr. 17, 122. Auch wenn die Lieferfristen außer Kraft gesetzt sind, so darf die Eisenb. doch eine als Eilgut aufgegebene und dem Verderben ausgesetzte Sendung nicht beliebig lange Zeit unterwegs lassen. Die Haftung aus § 84 EVO. bleibt bestehen. Aus diesen Gründen ist die Eisenb. für schadensersatzpflichtig erklärt, weil eine am 15. 4. als Eilgut aufgelieferte Sendung lebender Bäume und Pflanzen am 25. 5. verdorben ankam.

2. **RG.** 22. 10. 15, EisenbE. 33, 288, SeuffA. 71, 371. Schwierigkeiten der Beförderung bilden noch keine Betriebsstörung nach § 75 Abs. 7 EVO. Vgl. JDR. 15, 659.

3. Marienwerder 12. 10. 17, PosMSchr. 17, 14, SSZ. 17, 389. Der § 428 HGB. findet auf den EisenbFrVertr. Anwendung, soweit nicht durch die besonderen Vorschr. über die Lieferfristen, die als bedungene Zeit i. S. des § 428 Abs. 1 anzusehen sind, Abweichendes bestimmt ist. Da aber die Lieferfristen der EVO. durch Vfg. des REisenbAmts v. 10. 8. 1914 zur Zeit außer Kraft gesetzt sind, so gilt § 428 ungehemmt, und die Beförderungen sind innerhalb „einer den Umständen nach angemessenen Zeit" zu bewirken. (Hierzu Kritik SSZ. 17, 389.)

4. Vgl. § 92 EVO. und Art. 14 JÜ.

§ 76.

1. Marienwerder 24. 4. 17, PosMSchr. 17, 16. Die Vorschrift des § 76 Abs. 5, daß die Empfangsbahn bei der Ablieferung alle durch den FrVertrag begründeten Forderungen einzuziehen hat, ist nur eine Instr. für die Eisenb. und dazu bestimmt, den Abs. 1 § 76, der dem § 435 GHB. entspricht und anordnet, daß die Eisenb. gegen Zahlung der durch den FrVertrag begründeten Forderungen den FrBrief und das Gut zu übergeben hat, zu ergänzen, indem diese Vorschrift erläutert, was unter den durch den FrVertr. begründeten Forderungen zu verstehen ist. Er erweitert aber nicht die Rechte der Eisenb., die in § 436 HGB. und § 76 Abs. 4 EVO. festgestellt sind und die durch die Ablieferung des Fr.-Briefs und des Gutes sich ergebenden Rechtsverhältnisse betreffen. → Hierzu ist zu bemerken, daß § 76 Abs. 5 nicht bloß eine Instr. an die Eisenb. ist, sondern eine wirkliche Verpflichtung der Eisenb. aus dem FrVertr. darstellt. Diese Verpflichtung besteht gegenüber dem Absender. Die Nichterfüllung der Verpflichtung bewirkt, daß die Eisenb. dem Absender schadensersatzpflichtig ist. Vgl. §§ 441, 442 HGB. ←

2. Vgl. §§ 435, 436.

§ 79.

ÖOG. 30. 5. 16. Vgl. oben bei § 5.

§ 81.

Über die Einlagerung unanbringlicher Güter vgl. oben § 416 HGB.

§ 82.

1. Senckpiehl, Adreßspediteur und Bahnprotokoll, EisenbE. 33, 232, SSZ. 17, 266. Die im § 82 angeordneten bahnamtl. Feststellungen sind auch noch nach erfolgter Ablieferung des Gutes, insbesondere nach Abl. von ganzen Wagenladungen, die sich noch auf dem EisenbGelände befinden, vorzunehmen.

2. LG. Mainz 6. 6. 17, SSZ. 17, 298. Die von der Eisenb. gemäß § 82 aufgenommenen Feststellungen sind der FrBeteiligten gemäß § 810 BGB. in vollem Umfange vorzulegen.

§ 84.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 1. 2. 16, auch EisenbE. 33, 302, vgl. JDR. 15 Ziff. 1 zu § 76. — Die Eisenb. hat dafür zu sorgen, daß der Empfänger das Gut ungestört ausladen kann, auch wenn der FrVertrag durch Ablieferung des Gutes (der ganzen Wagenladung) bereits in der Hauptsache erfüllt ist.

2. Senckpiehl, Haftung der Eisenb. für die Ausführung der Zwangsentladung, SSZ. 17, 265. Die zum Zwecke schnellerer Entladung von der Eisenb. angeordnete Zwangsentladung der Eisenbahnwagen wird durch Arbeitskräfte der MilVerwaltung, aber unter Aufsicht der EisenbVerwaltung vorgenommen. Die Eisenb. haftet daher dafür, daß die Entladung mit der Sorgfalt eines ordentl. Kfms. vorgenommen wird.

3. Jacoby, Die Rechtsstellung des Eigentümers gegenüber rollendem Eisenbahnfrachtgut, EisenbE. 33, 119, ZJE. 17, 289. Ders., Die Sicherheit der Bank, GoldschmidtsZ. 80, 305. Die Eisenb. kann den Anspruch eines angeblichen Eigentümers, welcher nicht Berechtigter ist, kaum nachprüfen. Auch würden solche Eingriffe dritter, dinglich berechtigter Personen die Abwicklung des Verkehrs hemmen. Darum darf die Eisenb. gegenüber einem auf Eigentum gestützten Herausgabeanspruch stets die Herausgabe des rollenden Gutes verweigern. → Diese Lehre entspricht nicht dem geltenden Recht. Sie stellt eine Aufhebung der Eigentumsrechte für die Dauer der EisenbBeförderung dar. Die Eisenb. hat keine Ausnahmestellung im Sachenrecht. Mit gleichem Rechte könnte jeder Landfrachtführer, jeder Seeverfrachter, ja jeder Lagerhalter, Verwahrer usw. eine derartige Ausnahmestellung für sich verlangen. ←

II. Höhere Gewalt.

1. ÖOG. 23. 11. 15, EisenbE. 33, 87, ZolluSpedZ. 23 Nr. 3. Höhere Gewalt liegt nicht vor, wenn infolge unerwarteter Anordnung der Mobilisierung ein Verkehrsandrang herrscht.

2. Kgl. Tafel, Debreczin 18. 1. 16, LeipzZ. 17, 382. Ein drohender Einfall der Feinde und die dadurch verursachte Panik der mittels der Eisenb. zu flüchten versuchenden Menge sowie die daraus entstehende Überlastung der Eisenb. stellt sich als höhere Gewalt dar, auch wenn der Einfall der Feinde in Wirklichkeit unterbleibt.

3. Reichel, Drohender Feindeseinfall als höhere Gewalt im Eisenbahntransportrecht, LeipzZ. 17, 382. Die durch die Vorstellung einer als unmittelbar bevorstehend erwarteten unabwendbaren Katastrophe erzeugte Massenpanik stellt höhere Gewalt dar und zwar selbst dann, wenn sie ex post sich als objektiv unbegründet herausstellt.

4. Vgl. Art. 30 JÜ.

III. Haftung bei Versendung in die besetzten feindlichen Gebiete.

1. LG. I Berlin 27. 4. 16, JW. 17, 381. Bei einer Beförderung vom Inlande in das besetzte feindl. Gebiet kann die inl. Bahn nicht haftbar gemacht werden, wenn das

Frachtgut auf der Strecke der MilEisenb. verloren gegangen ist. Für die MilEisenb. gilt das HGB. nicht; die EVO. nur insofern sie dem Vertrage zugrunde gelegt ist, z. B. durch Bezugnahme auf die EVO. in den FrBriefen.

2. Schiemann, Die Haftung der Eisenbahn, JW. 17, 88. Für Verlust und Beschädigung von Gütern, die eine Inlandsbahn zur Beförderung nach den besetzten feindl. Gebieten annimmt und die auf der unter deutscher MilVerwaltung stehenden Strecke der ausl. Bahn einen Sachschaden erleiden, haftet die Inlandsbahn nach Maßgabe des § 278 BGB., sofern sie nicht ihre Haftung bezüglich der Auslandsstrecken besonders ausgeschlossen hat.

3. v. der Leyen, Haftung der Eisenbahn für Verlust und Beschädigung von Frachtgut und Gepäck in den besetzten Gebieten, JW. 17, 325, wendet sich gegen Schiemann und führt aus, daß die Eisenb. in ihren Tarifen, die für die bes. Gebiete erlassen sind, alle Haftung für Sachschaden an FrGut und Gepäck ausgeschlossen habe. Im Verkehr zwischen dem Deutschen Reiche und den bes. Gebieten werden Frachtbriefe verwendet, in deren Aufdruck für die bes. Gebiete auf die Geltung der Tarife unter Ausschluß der EVO. hingewiesen wird. Im übrigen wird der Verkehr wie ein gebrochener behandelt, indem die FrZahlung für die deutsche Strecke und die Strecke des bes. Gebiets stets gesondert und in den betr. Gebieten selbst stattfinden muß, so daß eine Überweisung der Fracht von dem Inlande in das Ausland und umgekehrt unzulässig ist.

4. de Jong, Haftung der deutschen Eisenbahnen in den besetzten Gebieten, JW. 17, 342 wendet sich ebenfalls gegen Schiemann.

5. Vgl. § 35 EVO. und Art. 18 JÜ.

§ 86.

I. Verladung in offenen Wagen.

1. ÖOG. 11. 7. 16, EisenbTarifuVerkehrsAnz. 16, 193, EisenbE. 33, 293. Die Eisenb. haftet für Diebstahl an Gütern, die in offenen Wagen befördert werden, weil der Diebstahl keine besondere mit der Beförderung in offenen Wagen verbundene Gefahr darstellt.

2. HG. Prag 7. 12. 15, EisenbE. 33, 89, ZolluSpedZ. 23 Nr. 5. Das Fehlen einzelner Zuckerbrote aus einer Sendung von 772 Zuckerbroten ist Verlust ganzer Stücke. Diebstahl aus offenen Wagen ist keine mit dieser Beförderungsart besonders verbundene Gefahr.

3. LG. I Berlin 25. 10. 15, EisenbE. 33, 80, SGZ. 15, 379, ZJE. 17, 329. Spiritus in Fässern auf offenen Wagen ist der Gefahr der Entzündung durch Funkenflug ausgesetzt. Vgl. JDR. 15, 660.

4. LG. I Berlin 24. 1. 16, EisenbE. 33, 300, SGZ. 16, 177. Flüssigkeiten in Fässern gehören zu den Gütern, welche der besonderen Gefahr des Auslaufens ausgesetzt sind.

II. Selbstverladung. Vgl. § 84 Nr. 1.

III. Tiergefahr.

1. Rostock 14. 5. 17, MecklZ. 17, 378, SGZ. 17, 408. Die in mehreren Wagen verladenen Pferde sind gestürzt und haben sich gegenseitig beschädigt. Die Eisenb. kann sich nicht auf die Tiergefahr berufen, weil der Schaden nachweislich durch einen zu heftigen Rangierstoß, also durch ein Verschulden der Eisenb., entstanden ist. Aber die Eisenb. beruft sich mit Recht darauf, daß die Begleiter die Pflicht gehabt hätten, die Tiere zu beruhigen und bei den Beamten auf ein mäßiges Rangieren hinzuwirken. Das Verschulden der Begleiter überwiegt das Verschulden der Eisenb. derart, daß die Eisenb. nur zu ein Drittel des Schadens zu verurteilen ist.

2. Königsberg 14. 10. 16, OLG. 34, 389. Bei der Beförderung lebender Fische ist der Eisenb. nicht zuzumuten, daß sie während eines längeren Aufenthalts auf Zwischenstationen die Fässer durch Schütteln in Bewegung hält. Allerdings ist der Eisenb. bekannt, daß ein Schütteln der Fässer geeignet ist, dem schädl. Einfluß des Stillstehens entgegen-

zuwirken; denn sie hat ihre Angestellten in ihrer Dienstvorschr. darauf hingewiesen. Wenn diese Dienstvorschr. auch kein Bestandteil des TranspVertr. ist, so zeigt sie doch, wie die Eisenb. ihre Sorgfaltspflicht auffaßt. Die Eisenb. führt aber an, daß sie diejenige Bewegung für ausreichend gehalten hat, welche durch das Umladen und die Beförderung der Fässer von einem Bahnhof zum anderen entstanden ist. In dieser Annahme kann ein Verschulden nicht gefunden werden.

§ 88.

LG. Breslau 31. 5. 17, SSZ. 17, 258, ZJE. 17, 410. Die Eisenb. hat die Entschädigungsbeträge vom Tage der Fälligkeit an zu verzinsen. — Vgl. JDR. 14, 517 bei Art. 12 Nr. 2 über die Zinspflicht von Frachterstattungsforderungen.

§ 92.

1. Die Lieferfrist bei den deutschen Bahnen während des Krieges, SSZ. 17, 165. Nachdem die Lieferfristen durch Bek. des REisenbAmts v. 10. 8. 1914 aufgehoben sind, ist die Lieferfrist nach § 428 HGB. zu bemessen. Darum ist Versicherung der Lieferfrist nach Maßgabe des § 92 EVO. nach wie vor zulässig.

2. Vgl. § 75 EVO. Nr. 4 und Art. 74 FÜ.

§ 95.

1. Vgl. Art. 41 FÜ.

2. LG. I 14. 6. 15, SSZ. 17, 151. Falsche Bezettelung des Wagens ist grobes Verschulden.

3. **RG.** 17. 11. 14, SSZ. 17, 3 enthält Ausführungen über den Begriff des groben Verschuldens.

4. Marienwerder 12. 10. 17, PosMSchr. 17, 15. Der FrBerechtigte hat die grobe Fahrlässigkeit der Eisenb. zu beweisen (**RG.** R. 13, 999). Gemäß § 287 ZPO. (vgl. ROGH. 13, 320; 21, 21) sind aber an die Beweisführung nicht zu hohe Anforderungen zu stellen. — Beruht eine verspätete Lieferung auf einer Fehlleitung der Sendung, so ist dies in Friedenszeiten regelmäßig als grobes Verschulden anzusehen, da die Eisenb. bei Verkehrsandrang durch Erweiterung ihrer Abfertigungsräume, Anstellung zahlreicheren Personals und Einlegung von Zügen für schnellere Ausführung der Beförderungen sorgen kann (Senckpiehl 329). Eine andere Beurteilung hat aber bei der durch den Krieg geschaffenen Zwangslage der Eisenb. Platz zu greifen. Eine Fehlleitung bei Verkehrsandrang ist jetzt nur als leichte Fahrlässigkeit anzusehen.

5. Rostock 3. 4. 16, OLG. 34, 390. Durch das HGB. wird eine Haftung für allen Schaden, welcher auf dem Transp. durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit entsteht, nicht begründet; sondern die Haftung der Eisenb. in den Fällen des Vorsatzes und der groben Fahrl. nur in der Weise verschärft, daß sie nicht Schadensersatz in beschränkter Höhe, sondern vollen Schadensersatz zu leisten hat. Deshalb ist auch § 95 EVO. nur in diesem Sinne auszulegen. Vgl. auch JDR. unten bei Art. 41 FÜ. und 15, 664.

§ 97.

1. ÖOG. 20. 5. 16, EisenbE. 33, 413, ZolluSpedZ. 16 Nr. 28. Ist der Bestimmungsort nicht tarifmäßig bezeichnet (Zurndorf statt Zurany) und geht das Gut infolgedessen an einen anderen Ort (Nagy Surany) und erst auf Rückfrage nach Zurany, so ist der Anspruch des Empfängers, welcher die Fracht für die ganze durchlaufene Strecke bei der Abnahme des Gutes bezahlt hat, auf Erstattung des die direkte Fracht bis Zurany übersteigenden Betrages nach § 97 erloschen. Die Anw. der §§ 70, 97 Abs. 2 Ziff. 5 ist ausgeschlossen.

2. ÖOG. 11. 4. 16, EisenbE. 33, 398, ZolluSpedZ. 16 Nr. 24. Wenn der Antrag auf Tatbestandsfeststellung nur mündlich gestellt wird, so sind die Vorauss. des § 97 Abs. 2 Ziff. 4 nicht erfüllt, selbst wenn auf den mündl. Antrag des Empfängers die Tatbestands-

aufnahme unverzüglich erfolgt ist. → Diese enge Auslegung entspricht nicht der deutsch. Rechtspr. ←

§ 100.

Vgl. §§ 73, 76 EVO.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Artt. 6, 12.

1. ÖOG. 18. 4. 16, ZJE. 17, 50. Wird ein Gut mit direktem Frachtbrief aufgegeben, so darf die Eisenb. die Fracht nur nach dem direkten Tarif berechnen, selbst wenn bei gebrochenem Verkehr die Fracht billiger ist. Die Vorschrift des Art. 6 über die Wahl des Reiseweges durch die Eisenb. kommt hier nicht in Frage; da nämlich der Absender das Gut bis zur Endstation adressiert hat, war die Eisenb. nicht berechtigt, das Gut gebrochen abzufertigen, nur um eine billigere FrBerechnung zu ermöglichen.

2. Vgl. § 6 EVO.

3. Schweiz. BG. 13. 7. 16 und 15. 12. 16, ZJE. 17, 184, 295. Die Anwendung des direkten, statt des billigeren gebrochenen Tarifs begründet keinen Erstattungsanspruch, insbesondere wenn der gebrochene Tarif nur dadurch billiger ist, daß die Mark im Kurse niedriger steht.

Art. 12, 27.

In ZJE. 17, 197 wird über 2 Aufsätze in ZolluSpedZ. 16 Nr. 51 und SSZ. 16, 397 über die Frage berichtet, ob für FrErstattungsansprüche auch die Versandbahn zuständig ist. Die Frage wird bejaht. Vgl. JDR. 15, 663 und unten Art. 27 JÜ.

Art. 14.

1. LG. I Berlin 27. 5. 15, SSZ. 17, 20. Ist die gesetzl. Lieferfrist innegehalten, so ist die Eisenb. für Verzögerungen nicht haftbar, auch wenn die Verzögerung an sich fahrlässig ist; sie ist nur dann haftbar, wenn sie bestimmte, der Eisenb. auferlegte Pflichten verletzt und dadurch die Verzögerung eingetreten ist. (Vgl. Senckpiehl, Verkehrsrecht V, 85, KG. 5. 11. 13, R. 14 Nr. 2321.)

2. Zweibrücken 12. 3. 12, SSZ. 17, 76. Die Zeit der zollamtl. Behandlung sowie diejenige Zeit, welche zur statistischen Warenaufnahme und dazu erforderlich ist, um die Ware wieder zum Bahnbetrieb zu bringen, ist in die Lieferfrist nicht einzurechnen.

Art. 18.

RG. 23. 1. 17; 89, 342. Die unter deutscher MilVerwaltung betriebenen belgischen Bahnstrecken unterstehen nicht dem JÜ. Die deutsche Bahnverwaltung, welche ein Gut zur Beförderung nach Brüssel mit internationalem FrBrief angenommen hat, ist für das Gut nach den Regeln des JÜ. (nicht nach § 432 HGB.) für die Behandlung an der belg. Grenze verantwortlich. Infolge der mil. Besetzung Belgiens konnte das Gut nicht mehr vertragsgemäß nach Br. befördert werden, weil die MilBahn Güter nur unter Ausschluß aller Haftung befördert. Die Eisenb. hätte daher von dem Absender Weisung über die Behandlung des Gutes einholen müssen, ehe sie das Gut über die Grenze rollen ließ. Wenn sie es gleichwohl tat, so handelte sie auf eigene Gefahr. — Vgl. hierzu die Entsch. I. Instanz bei § 432 HGB. und JDR. 15, 654; ferner die Entsch. bei § 84 EVO. III.

Art. 25.

1. Kassationshof Paris 7. 12. 16, ZJE. 17, 401. Der Sachverst. hat nicht bloß den Zustand des Frachtgutes festzustellen, sondern auch nach den Ursachen der Beschädigung zu forschen und die Verantwortlichkeiten zu ermitteln.

2. Vgl. § 82 EVO.

Art. 27.

1. Gilt die Haftungsregel des Art. 27 Abs. 3 JÜ. auch für die Frachterstattungsansprüche des Erstattungsberechtigten? AllgTarifAnz. 17, 279 und 395, ZJE. 17, 306. FrEr-

stattungsansprüche sind Ansprüche aus dem FrVertr. Darum findet auf sie der Art. 27 Anwendung, und der Erstattungfordernde kann nach seiner Wahl die Versandbahn oder die Empfangsbahn verklagen.

2. Vgl. Art. 12 IÜ.

Art. 30.

1. ÖOG. 10. 10. 16, ZIE. 17, 95. Die Mobilisierung in Verb. mit den für diesen Fall in Wirksamkeit tretenden zwingenden Vorschriften (Instr. für den Eisenbahnkriegsverkehr) bedeuten für die Eisenb. ein tatsächliches unüberwindliches und nicht voraussehbares Hindernis, also höhere Gewalt.

2. Die aus dem internationalen Transport entstehenden Prozesse und der Krieg, Budapester EisenbTarifuVerkehrsAnz. 17, 73, ZIE. 17, 232. Die Prozesse aus dem IÜ. dürfen wegen Kriegsausbruchs nicht ausgesetzt werden.

Art. 31.

1. **RG.** 2. 5. 17, R. 17 Nr. 1489. Die Vorschrift, daß bei Verpackungsmängeln die Haftungsbeschränkung aus Art. 31 Nr. 2 nur eintritt, wenn über die Aufgabe im unverpackten oder mangelhaft verpackten Zustande eine Erklärung des Absenders auf dem FrBriefe enthalten ist, gilt auch für ganze Wagenladungen und beschränkt sich nicht auf Stückgüter.

2. Kassationshof Rom 3. 1. 17, ZIE. 17, 377. Auch die Verpackung ist ein Teil der den TranspGegenstand bildenden Sendung. Wenn die Verpackung aus Stroh besteht, so hat die Eisenb. die Einrede der Feuergefährlichkeit bezüglich des ganzen Gutes, auch wenn die in Stroh verpackten Stücke selbst nicht feuergefährlich sind.

3. KG. 3. 11. 15, EisenbE. 33, 187, SSZ. 16, 242, ZIE. 17, 229. Ein Turbinenrotor fällt nicht unter die in Art. 31 (1) Ziff. 4 IÜ. verzeichneten bruchgefährlichen Güter.

4. **RG.** 2. 5. 17, R. 17, 1488. Die Vermutung aus Art. 31 Abs. 2 gilt „bis zum Nachweise des Gegenteils". Der Art. 31 schreibt die Art und Weise des Nachweises nicht vor. Die Kl. war daher nicht zur Widerlegung der Vermutung auf den Beweis beschränkt, daß der Schaden ausschließlich aus einer die Eisenb. haftpflichtig machenden schuldhaften Einwirkung entstanden sei. Die Vermutung kann vielmehr auch durch den Gegenbeweis widerlegt werden, daß der Schaden den Umständen nach aus dem Transp. in offen gebauten Wagen nicht habe entstehen können. Es war also nicht erforderlich, eine bestimmte andere Ursache des Schadens nachzuweisen.

Art. 41.

I. Geltungsbereich des Art. 41.

1. Rostock 3. 4. 16, OLG. 34, 390. Allerdings nehmen Eger (Art. 41 Bem. 201), Rosenthal (Intern. EisenbFrachtr. S. 244), sowie Marienwerder (SeuffA. 66, 155) an, daß der Art. 41 nicht auf die durch Art. 30ff. geregelten Fälle des Verlustes, der Minderung, der Beschädigung und der Versäumung der Lieferfrist zu beschränken sei, sondern allen Schaden umfaßt, der überhaupt auf dem internationalen Transport durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit der Bahn entsteht. Richtiger erscheint jedoch die vom KG. (EisenbE. 30, 379), Zweibrücken (EisenbE. 31, 234) und München (OLG. 32, 185) verteidigte Auffassung, daß der Art. 41 keinen neuen besonderen Fall der Haftung aufstellt, sondern nur die Haftung in den durch Art. 30ff. geregelten vier Fällen beim Vorliegen von Arglist und grober Fahrlässigkeit verschärft.

2. **RG.** 19. 1. 17, LeipzZ. 17, 732. Art. 41 erweitert nur die nach den sonstigen Bestimmungen bereits gegebene Schadensersatzpfl. der Bahn ihrem Umfange nach, führt aber nicht eine Schadensersatzpfl. der Bahn, nur gegründet auf ihre Arglist oder grobe Fahrlässigkeit, ein. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang des Art. 41 mit den unmittelbar vorausgehenden Art. 30—40, die in den von ihnen geregelten Fällen der Schadensersatzpfl. für Verlust, Minderung, Beschädigung des Gutes und Versäumung der Lieferfrist nur einen dem Umfange nach beschränkten Ersatz gewähren. Dieser, sowohl hinsichtlich

der die Ersatzpfl. überhaupt begründenden Tatbestände, wie hinsichtlich des Umfanges des Ersatzes beschränkten Ersatzpfl. der Eisenb. gegenüber ordnet Art. 41 an, daß bei Arglist oder grober Fahrlässigkeit der Eisenb. Vergütung des vollen Schadens gefordert werden kann, also der Umfang des Ersatzes nicht beschränkt sein soll. Daß auch die Beschränkung hinsichtlich der die Ersatzpfl. überhaupt begründenden Tatbestände bei Arglist und grober Fahrlässigkeit wegfallen soll, ist dagegen aus Art. 41 nicht zu entnehmen.

3. Ebenso Hamburg (ohne Datum), SSZ. 17, 44.

4. Dagegen Königsberg 14. 12. 15, SSZ. 17, 128. Der Art. 41 führt einen selbständigen Haftungsgrund für die Eisenb. ein. Das Urteil bringt eine eingehende Begründung gegen die herrsch. Meinung.

II. Grobes Verschulden.

RG. 23. 1. 17; 89, 347, LeipzZ. 17, 461. Nur wenn grobe Fahrlässigkeit festgestellt wird, kann die Eisenbahn zum Ersatz des vollen Schadens verurteilt werden. Grobe Fahrlässigkeit ist aber in dem vorliegenden Falle — die Eisenb. hat die Benachrichtigung des Absenders gemäß Art. 18 Ziff. 11 unterlassen — ausgeschlossen, weil die Beförderung in die Zeit des Kriegsausbruchs fiel, also unter ganz außergewöhnlichen Verhältnissen stattfand, die bei der damaligen Inanspruchnahme der Bahn für die Zwecke der Landesverteidigung von vornherein die etwaigen Versehen erheblich geringfügiger erscheinen lassen, als es ohne diese besonderen Umstände der Fall wäre.

Art. 45.

Karlsruhe 20. 6. 17, DJZ. 17, 972. Die Beweisstücke, welche nach Art. 45 Abs. 4 zurückzugeben sind, um die Verjährung wieder in Lauf zu setzen, sind nur die Belege, die auch zur Begründung der Klage auf Rückerstattung der vom Empfänger zuviel bezahlten FrBeträge nötig sind, so daß vor deren Wiedererlangung eine Unterbrechung der Verjährung auf gerichtl. Wege überhaupt nicht wohl möglich wäre. Dazu gehört nicht die Abtretungsurkunde.

Preuß. EisenbG. v. 3. 11. 1838.

§ 4.

RG. 31. 3. 17, WarnE. 17, 218. Allerdings ist nach der ständigen Rechtspr. des RG., wenn von dem Betriebe staatlich genehmigter EisenbAnlagen übermäßige schädliche Einwirkungen auf angrenzende Grundstücke erfolgen, für die Grundstückseigentümer eine Abwehrklage nach §§ 903, 906, 1004 BGB. weder auf Einstellung des Betriebes noch auf Vornahme von Vorkehrungen zur Beseitigung der schädlichen Einwirkungen gegeben, vielmehr steht ihnen nur wegen wesentlicher Beeinträchtigung der Benutzung ihrer Grundstücke ein Anspruch auf Schadensersatz zu (**RG.** 7, 267; 31, 287; 59, 134; 58, 74; 70, 152, JW. 10, 580). Dabei ist aber nach der ebenso ständigen Rechtspr. des RG. Voraussetzung, daß die Anlagen nach Maßgabe eines auf Grund des § 4 EisenbG. v. 3. 11. 1838 aufgestellten Planes vom Minister genehmigt worden sind; gegen übermäßige Einwirkung von nicht in dieser Weise genehmigten Anlagen, mögen diese auch dem EisenbBetriebe dienen und sich auf dem Eisenbahnkörper befinden, ist die Abwehrklage zulässig (**RG.** 31, 288; 62, 132, WarnE. 09, 409; 10, 282, JW. 14, 937). Dies gilt insbesondere auch von solchen Anlagen, die nach Fertigstellung einer EisenbLinie gemäß dem vom Minister genehmigten Plane neu errichtet oder wesentlich erweitert werden; sie bedürfen, um gegen eine Abwehrklage geschützt zu sein, einer neuen Genehmigung, auch wenn sie dem Betriebe der gemäß der früheren Genehmigung hergestellten EisenbLinie dienen (**RG.** 31, 288; 62, 132, JW. 14, 937). — Ist die Genehmigung der Anlagen für den Eisenbahnbetrieb des Bekl. nach Maßgabe des § 4 EisenbG. erfolgt, so ist die Abwehrklage unzulässig, gleichviel, ob durch die Anlagen der Betrieb der einen oder der anderen Bahn des Bekl. gefördert wird. Wenn dagegen die Genehmigung nicht erteilt ist, so ist die Abwehrklage in dem einen wie in dem anderen Falle gegeben.

Die Entsch. über die Frage der Zulässigkeit der Abwehrklage darf von den Gerichten überhaupt nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Anlagen für den Eisenbahnbetrieb notwendig, nützlich, geeignet sind oder nicht. Vielmehr ist für die Entscheidung lediglich die Frage der Genehmigung maßgebend.

§ 25.

1. **RG.** 14. 3. 16, EisenbE. 33, 312, LeipzZ. 16, 1100. Der Eigentümer, welcher seine Sachen durch einen Spediteur der Eisenbahn zur Beförderung hat aufliefern lassen, kann keine Rechte im Widerspruch zu den Regeln des FrVertrages gegen die Eisenbahn geltend machen. Die Eisenb. darf also dem Schadensersatzanspruch des Eigentümers gegenüber sich auf die Befreiungsvorschriften der §§ 84, 86 EVO. berufen. Vgl. **RG.** 70, 174 und 77, 320.

2. **RG.** 12. 2. 17, PosMSchr. 17, 17, R. 17, 245, WarnE. 17, 214. Schaden i. S. des § 25 Preuß. EisenbG. ist nicht bloß Sachschaden, sondern jeder Vermögensschaden, also unter Umständen auch das sogenannte Affektionsinteresse.

EisenbBetrOrdn.

§ 18.

RG. 4. 4. 17, R. 17, 1490. Im Schadensersatzprozesse steht den Gerichten die selbständige Nachprüfung darüber zu, ob im Einzelfalle die Anbringung von Schranken erforderlich ist, obwohl die Aufsichtsbehörde solche nicht angeordnet hat. — Im **RG.** 23, 195 ist der Rechtsweg wegen Beseitigung einer von der Aufsichtsbehörde angeordneten Anlage für ausgeschlossen erklärt, dagegen der Anspruch auf Ersatz des durch die Anordnung erwachsenen Schadens der Entscheidung des Gerichts unterzogen. Das RG. hat ständig anerkannt, daß die EisenbVerwaltung gegenüber der Anordnung der Aufsichtsbehörde verpflichtet bleibe, selbständig ihr Augenmerk darauf zu richten, ob im Einzelfalle, namentlich nach der Ortslage und den Verkehrsverhältnissen, die Anbringung von Schranken nicht geboten erscheine.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung. Auch in diesem Berichtsjahr war die seerechtliche Ausbeute gering, die seeversicherungsrechtliche erheblich. Die Mitteilung der bedeutsamen prisenrechtl. Rechtspr. fällt außerhalb des Rahmens des JDR.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§§ 474 ff.

Schrifttum: Wüstendörfer, Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues, HansRZ. 1, 105 ff., 176 ff., 332 ff.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 486.

Hamburg 14. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 276, SeuffA. 72, 378 läßt in einem binnenschiffahrtsrechtl. Falle den Kollisionsanspruch in vollem Umfange gegen ein Schiff zu, das dem Eigner des angerannten Schiffes gemeinsam mit einem Dritten gehört. Verklagt war nur der Miteigentümer. → Hätte eine Reederei des Seerechts vorgelegen, so hätte gegen die Reederei geklagt werden müssen. ←

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§ 522.

KG. 3. 11. 16, R. 17 Nr. 1308. Die Nachverklarung ist unverzüglich zu beantragen; das Gericht hat sie abzulehnen, wenn die Feststellung von Wahrnehmungen beantragt

wird, die nicht zur Zeit des Unfalles gemacht worden sind und die Anwesenheit bei dem Unfall voraussetzen.

§§ 527, 529.

RG. 5. 1. 17, R. 17 Nr. 1134. Daß der Schiffer auf Grund einer ihm vom Reeder erteilten Vollmacht in der Lage ist, einen Vertrag auf den persönl. Kredit des Reeders abzuschließen, hindert ihn nicht, statt dessen auf Grund seiner gesetzl. Vertretungsmacht und mit der Wirkung, daß nur ein Schiffsgläubigerrecht entsteht, abzuschließen.

§ 545.

Celle 8. 5. 17, Hansa 17, 747. Berechtigte Entlassung des Schiffers wegen eines verletzenden, über die zweckmäßige Interessenwahrung hinausgehenden Briefes an den Reeder.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 556.

Hamburg 28. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 247, LeipzZ. 17, 1282. Wenn in einem Frachtvertrage ein bestimmter Dampfer nicht benannt, vielmehr nur bestimmt ist, daß zur Beförderung der Ladung ein Dampfer nach Wahl des Verfrachters innerh. 50 Tagen nach endgültiger amtlicher Friedenserklärung im Abladungshafen ladebereit sein solle, so handelt es sich um eine generische Transportleistungsverpflichtung. Eine Konzentration derselben konnte durch eine schon im März 1916 erfolgte Benennung des zu stellenden Dampfers noch nicht bewirkt werden.

§ 559.

Hamburg 17. 7. 16, HansGZ. 17 Hbl. 132. Es ist zu beachten, daß § 559 Abs. 2 die Sorgfalt eines ordentl. Verfrachters, nicht die eines ordentl. Schiffsbauers oder Schiffsingenieurs, als beim Frachtvertrage zu vertreten vorschreibt.

§ 601.

RG. 9. 12. 16, R. 17 Ziff. 1135. Ist bei Charterung des Schiffes für eine bestimmte Fahrt der Empfänger nach der Ankunft im Bestimmungshafen mit der Abnahme der Ladung im Verzuge und kann der Schiffer, weil es sich um falsch deklarierte Schmuggelware handelt, mit der Ladung nicht gemäß § 601 verfahren, so kann er nach Rücktransport der Ware zum Ausgangshafen von dem Befrachter nach §§ 354, 683 oder § 812 BGB. eine angemessene Rückfracht verlangen.

§§ 606, 559, 651.

Hamburg 17. 7. 16, HansGZ. 17 Hbl. 131. Ansprüche wegen Beschädigung der Güter kann der Ablader nicht auf Grund eines an seine Order ausgestellten, von ihm weitergegebenen Konnossements geltend machen. Das hindert aber nicht, daß ihm als Befrachter der Verfrachter für gehörige Erfüllung des Frachtvertrages, namentlich dafür einstehen muß, daß er sich zu dessen Ausführung eines seetüchtigen Schiffes bediente (insoweit gegen LG. Hamburg 2. 12. 15, daselbst 130, das mit Schaps Anm. 18 zu § 651 annimmt, daß Schadensansprüche wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung des Frachtvertrages nur insoweit dem Befrachter verbleiben, als sie vom Konnossementsanspruch materiell verschieden sind).

§ 609.

Hamburg 26. 4. 17, HansRZ. 1, 51ff. Anwendbarkeit auf Sachgesamtheiten, die aus einer Menge gleichartiger Gegenstände bestehen, sofern nicht etwa die Möglichkeit einfacher Zählung, Messung, Verwiegung der Güter auch ohne die Kautel einer Zuziehung von Sachverständigen außer allem Zweifel steht.

§ 629.

1. Hamburg 6. 3. 17, Hansa 17, 300. Unerheblich ist, ob die Ladung bereits zur Zeit der Rücktrittserklärung Bannware war; es kommt nur darauf an, ob sie bei verstän-

diger Würdigung als unfrei betrachtet werden kann und der Gefahr der Aufbringung ausgesetzt ist. Das ist der Fall, wenn damit zu rechnen ist, daß sie wegen ihres hohen Wertes für die Kriegführung nachträglich für Konterbande erklärt werden wird.

2. **RG.** 4. 7. 17; 90, 392, JW. 17, 904, R. 17, 410 Nr. 883 (bestätigend). Das Ges. will beiden Vertragsteilen rechtzeitig — noch vor der Beladung des Schiffes oder doch vor dem Reiseantritt, wodurch die Schwierigkeiten der Auseinandersetzung unter den Vertragschließenden erheblich vermehrt werden — Gelegenheit geben, eine glatte Auflösung des Vertragsverhältnisses zu bewirken. J. S. des Abs. 1 Nr. 2 sind deshalb die zu verschiffenden Güter auch dann nicht mehr als frei zu betrachten, vielmehr als der Gefahr der Aufbringung ausgesetzt anzusehen, wenn verständige Erwägung den Befrachter mit der Möglichkeit rechnen lassen muß, daß die Güter im Laufe der Reise als Konterbande erklärt und alsdann der Gefahr der Aufbringung durch die feindl. Kriegsmacht ausgesetzt sein würden.

§ 632.

RG. 13. 1. 17; 89, 329, JW. 17, 474, LeipzZ. 17, 393, R. 17 Nr. 468. Bei der Entscheidung, was „a save and convenient port" i. S. des Konnossements ist, kommt es nicht einseitig auf die Interessen des Schiffes, sondern auch auf die der Ladung an.

§ 634.

1. **RG.** 15. 2. 17; 89, 221ff. Wird ein beladenes Schiff unterwegs vom Reiche als Hilfsschiff in Dienst gestellt, ohne daß vorher Löschung der Ladung erfolgt, so liegt, wenn die Ladung verloren geht, ein nach § 35 KrLG. zu behandelnder Kriegsschaden vor; der etwaige Anspruch gegen das Reich auf Ersatz desselben ist öffentl.-rechtl. Art, für ihn ist der Rechtsweg ausgeschlossen. → Dazu Rothe, Hansa 17, 703. ←

2. Abs. 5. **RG.** 13. 1. 17, JW. 17, 473. Abweichende Vereinbarung durch die Klausel: „such discharge shall be considered a final delivery at the steamers destination and full freight and charges shall become due".

§ 635.

1. ZivilG. Neapel 21. 10. 14, Revue internationale du droit maritime 30, 168, ZVersWiss. 17, 571. Die nach § 635 vorgesehene Garantie für den nach den Grundsätzen der Havariegrosse zu leistenden Beitrag zu den Aufenthaltskosten kann nur für die Zeit von der Ankunft des Schiffes im Nothafen bis zu dem Tage, an dem der Kapitän die Entladung der Güter widerrechtlich verweigert, verlangt werden. → Vgl. JDR. 14, 525. ←

2. Nothafen und Aufenthaltskosten während des Krieges, Jahrbuch für Verkehrswissenschaft 17, 11. Sonderheft 18ff. Ist ein Schiff im Falle des § 635 in einem Nothafen liegen geblieben, so hat zu den in große Haverei fallenden Kosten die Ladung bei teilweise erfolgter Löschung auch nach Rücktrittserklärung beizutragen. Bei gänzlicher Trennung von Schiff und Ladung hört die Beitragsverpflichtung für die Ladung dann auf, wenn die gänzliche Entlöschung des Schiffes im Interesse der Reederei vorgenommen wird (z. B. bei Requisition durch die Marineverwaltung). Anders, wenn die Ladungsinteressenten ihre Güter verlangen oder andere Umstände, wie drohender Verderb, die Entlöschung erheischen; dann kann der Reederei nicht zugemutet werden, die Kosten nach der Entlöschung selbst zu tragen, während die Ladungsinteressenten über ihre Güter verfügen können. Vielmehr kommen sämtl. Aufenthaltskosten für die Zeit der Fortdauer des Grundes in Rechnung, also bis zur Beendigung des Krieges. → Vgl. JDR. 14, 525. ←

§ 647.

Schaps, Konnossementsteilscheine, HansRZ. 1, 61ff. Die Natur der sog. Konnossementsteilscheine ist nicht überall die gleiche. Es handelt sich entweder um Auslieferungsanweisungen, ausgestellt vom Inhaber des Originalkonnossements ohne Mitwirkung eines Vertreters des Schiffes, oder um die gleichen Anweisungen, von einem Vertreter des Schiffes nach Rückgabe des Originalkonn. mit seiner Einverständniserklärung versehen,

oder endlich um Urkunden, die ein Vertreter des Schiffes gegen Rücklieferung des Originalkonn. ausstellt (Auslieferungsanweisungen oder wahre Teilkonn.). Je nach der Rechtsnatur des Konn.Teilscheins sind seine Rechtswirkungen verschieden.

§ 655.

Hamburg 26. 4. 17, HansRZ. 1, 91ff. Konnossementsklausel „measure unknown". Das Gericht schließt sich der Schlodtmannschen Meinung an, daß dem Schiffer, trotz der Klausel, Sorgfaltsverletzung nachgewiesen werden könne. Dagegen mit Brodmann und Wüstendörfer Mittelstein, daselbst 98.

§ 659.

1. Schaps, Gesetzgeberische Eingriffe zugunsten deutscher Verlader?, Jahrb. für Verkehrswissenschaft 1917, 10. Sonderheft, 5ff. hält mehrfach gewünschte Sonderbestimmungen, nach denen deutsche Ablader die Herausgabe unterwegs befindlicher Güter auch ohne Erlegung des vollständigen Satzes der Konnossemente sollten beanspruchen dürfen, weder für innerlich gerechtfertigt noch für erfolgversprechend.

2. Sebba, Der Schutz deutscher Verlader und Reedereien gegenüber feindländischen Konnossementsinhabern, daselbst 8ff., will, ohne die Zweifelhaftigkeit der Rechtslage und die aus der oft bestehenden Zuständigkeit ausländ. Gerichte entstehenden Schwierigkeiten zu verkennen, damit helfen, daß dem Ablader (Verkäufer) gegen den Empfänger (Käufer) und ebenso dem Schiffer gegen den konnossementsmäßigen Empfänger infolge der Einwirkung des Krieges eine Unmöglichkeitseinrede zugebilligt wird.

Fünfter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden.

§§ 664ff.

RG. 21. 12. 17, Hansa 18, 128. Passagierdampfer haben für die Sicherheit der Fahrgäste und ausreichende Beleuchtungsmöglichkeit in der Schlafkabine zu sorgen.

§ 673.

Hamburg 21. 2. 17, SeuffA. 72, 197, LeipzZ. 17, 1104. Übernahme von Reisegut, wenn auch nur für kurze Zeit und für einen kleinen Teil des Transports, liegt auch dann vor, wenn Kammergepäck für die Dauer der Ausbootung dem Reisenden abgenommen und im Gepäckboot an Land gebracht wird. Für die Dauer dieses Zustandes kommt eine Freizeichnung des Verfrachters von der Verantwortlichkeit für Kammergepäck nicht in Betracht.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 700.

1. **RG.** 7. 1. 17; 89, 288, DJZ. 17, 518, JW. 17, 292, LeipzZ. 17, 393, R. 17 Nr. 469. Durch die Konnossementsklausel „Der Kapitän ist berechtigt, im Falle von Gefahr oder vermuteter Gefahr die Kolli über Bord zu werfen, ohne Schadensersatzpflicht" wird die Schadensausgleichung nach den Grundsätzen der großen Haverei ausgeschlossen. Ihrer Bedeutung nach ist die Klausel nicht auf die rechtl. Beziehungen zwischen den unmittelbar Beteiligten beschränkt, sondern diese verfolgten den Zweck, das Ausgleichverfahren der großen Haverei beim Überbordwerfen der kläg. Sprengstoffe ebensowohl für Schiff und Fracht als für die gesamte übrige Ladung auszuschließen. Diese Bestimmung enthält ihrem Wesen nach eine Abrede zugunsten Dritter.

2. Hamburg 18. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 282. Verteilung von Aufenthaltskosten im Falle der Beschädigung des Schiffs vor Reiseantritt nach York-Antwerpe-Rule 10 und 11.

§ 719.

Mittelstein, Abzug der Fracht und Zölle vom Beitrag der Güter zur großen Haverei nach § 719 HGB. und § 85 BSchG., HansRZ. 1, 141ff. Die Fracht ist, entgegen der vom Gesetz ausgesprochenen Regel, dann nicht abzuziehen, wenn vereinbart war, daß vorausbezahlte Fracht unter keinen Umständen zurückgezahlt wird.

§ 727.

Hamburg 15. 2. 17, HansGZ. 17, 96, OLG. 34, 394. Die Feststellung und Verteilung von Havariegrosseschäden hat zunächst nur im Dispachierungsverfahren zu erfolgen. → Vgl. aber JDR. 10, 682 zu § 728. ←

§ 731.

RG. 28. 10. 16; 89, 48ff., LeipzZ. 17, 262. Verpflichtet sich der Versicherer, die Havereibeiträge sicherzustellen, um die Auslieferung der Güter zu erwirken, so ist er damit noch nicht zur Bezahlung von Aufwendungen verpflichtet, auf Grund deren ein Dritter die Güter in Anlaß der großen Haverei zurückbehält, selbst wenn diese Aufwendungen bei der Dispache als Grund einer Havereiforderung geltend gemacht werden können.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Schrifttum: Sebba, Die unabwendbare Schiffskollision, Hansa 17, 801ff. Dazu Maletzky, Die unabwendbare Schiffskollision, Hansa 18, 103ff.

§ 537.

1. Sebba 801. Die Möglichkeit eines Verschuldens endet nicht schon dann, wenn die Kollision unvermeidbar geworden, d. h. die Summe der kausierenden Elemente bereits gesetzt ist; es kann Kausalität und Verschulden hinsichtlich der Schadenshöhe vorliegen. Die Pflicht zur Verminderung des Schadens erschöpft sich nicht in dem Begriff des konkurrierenden Verschuldens, sondern trifft auch z. B. den Fall, daß die Herbeiführung der Kollision beiderseits unverschuldet war, oder daß sie durch ein Verschulden beider Schiffe herbeigeführt wurde, von denen eines jedoch noch obendrein die Verminderung des Schadens unterlassen hat.

2. Kiel 2. 11. 16, OLG. 35, 78 Note, SchlHolstAnz. 17, 45. Wird auf Schadensersatz wegen Beschädigung eines Schiffes durch einen Fährprahm geklagt und die zunächst mit Verschulden der Fährprahmbesatzung begründete Klage rechtskräftig abgewiesen, so steht der neuen, auf unsachgemäßer Konstruktion des Prahms gegründeten Klage die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen.

3. S., Vom Schadensersatz, Hansa 17, 822ff. behandelt die Frage, ob der durch Zusammenstoß verursachte Schiffsschaden in der durch die Taxe festgestellten Höhe oder nur in Höhe der wirklich vorgenommenen Reparaturen zu ersetzen sei.

4. Kiel 24. 5. 17, OLG. 34, 400. Der an einem Schiffszusammenstoße Schuldige hat die Kosten des erfolglos gegen einen Dritten angestellten Prozesses jedenfalls dann nicht zu tragen, wenn in diesem Vorprozesse eine passiv nicht legitimierte Person — hier der Lotse — verklagt war.

5. Hamburg 9. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 56. Kostenentscheidung, wenn in einem Kollisionsprozeß gegen mehrere Bekl. geklagt war und die Klage zunächst gegen einen Bekl. abgewiesen ist; dem zweiten Bekl., der materiell auch die gegen den ersten entstandenen Kosten als indirekten Kollisionsschaden tragen muß, können zur Vermeidung eines zweiten Prozesses die gegen den ersten Bekl. entstandenen Kosten gleich mit auferlegt werden.

§ 736.

Sebba 802 bekämpft die RG. 78, 179 ausgesprochene Ansicht, daß neben HGB. § 735 Abs. 2 (alte Fassung) für die Anwendung von § 254 BGB. kein Raum bleibe.

§ 738 (alte Fassung).

Hamburg 31. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 177. Die obrigkeitliche Nötigung, einen Lotsen an Bord zu nehmen, genügt für sich allein nicht, den Lotsen zum Zwangslotsen zu machen, vielmehr muß ihm auch die Führung des Schiffes überlassen sein.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

§§ 740ff.

Deutsches SeeschiedsG. 22. 10. 17, HansGZ. 17 Hbl. 290. Anwendbarkeit der Vorschriften des HGB. auf Errettung eines von der Heeresverwaltung in Dienst gestellten englischen Dampfers.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

§ 764.

Untergang des Schiffsgläubigerrechts durch prisengerichtliche Einziehung.

1. Eger, Kann die prisenrechtliche Aufbringung bedingungs-(vormerkungs-)ähnliche Wirkung haben?, R. 17, 287, wendet sich gegen OLG. Hamburg, LeipzZ. 16, 965ff. (JDR. 15, 673). Wenn ein aufgebrachtes Schiff bei der Einbringung durch Verschulden seiner Besatzung einen Kollisionsschaden anrichtet, so müsse der Nehmerstaat, wenn er nachher durch das die Einziehung des Schiffes aussprechende Prisenurteil das Eigentum daran erwirbt, nach den aus §§ 185, 161, 883 Abs. 2 BGB. zu entnehmenden Grundsätzen schon von der Aufbringung an als Reeder angesehen werden und für den Kollisionsschaden haften.

2. Dagegen *Schaps, Schiffsgläubigerrecht und prisengerichtliche Einziehung, R. 17, 374ff. Die im öffentl. Recht begründete „Anwartschaft" des Nehmerstaats auf die Prise, die mit der Aufbringung entsteht, läßt sich nicht entsprechend behandeln mit privatrechtl. Verfügungen, die einen Schwebezustand begründen, oder mit Ansprüchen auf Einräumung von Rechten an einem Grundstück. Eine Zurückbeziehung der Urteilswirkung auf einen früheren Zeitraum könnte nur auf Grund besonderer gesetzl. Bestimmungen zugelassen werden, an denen es hier fehlt (**RG.** 67, 257). Die Umwandlung der konstitutiven Wirkung des Prisenurteils in eine deklarative vertrage sich nicht mit Wortlaut und Geist der deutschen Prisengesetzgebung. Wer das Ergebnis des von Eger bekämpften Urteils für unbillig erachte, müsse den Hebel an anderer Stelle ansetzen. Die deutschen Prisengerichte nehmen den Standpunkt ein, daß die Einziehung nach Prisenrecht dem Nehmerstaat, unter allen Umständen, das von jeder Belastung freie Eigentum and em eingezogenen Gegenstande verschaffe (OPrG., Urteil „Fenix", HansGZ. 15 Hbl. 52 usw.). Im Gesetz sei dies nirgends ausgesprochen. Die vom OPrG. ins Feld geführten „allgemein anerkannten völkerrechtl. Grundsätze" seien nicht zweifelsfrei (vgl. das engl. PrGUrteil „Sorfareren", Prize Cases I, 589ff.). Der Billigkeit würde es entsprechen, Pfandrechte an eingezogenem Eigentum dann nicht als untergegangen zu behandeln, wenn sie deutschen Gläubigern zugestanden haben.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

§§ 778ff.

1. Hagens, Die Seeversicherung im Kriege, HansRZ. 1, 1ff., 52ff. berichtet über die reichsgerichtl. Rechtspr. in Seeversicherungssachen von Mai 1916 bis Juni 1917.

2. **RG.** 23. 12. 16, R. 17 Nr. 466. Bei einer in Hamburg abgeschlossenen Seeversicherung gelten stillschweigend die ASVB. nebst Zusätzen.

3. Hamburg 11. 1. 16, OLG. 34, 397. Anwendung deutsch. Rechts auf einen Versicherungsvertrag, bei dem der Versicherte ein Deutscher ist, der Versicherer in Deutschland seinen Sitz hat und die Ansprüche nach der Police in Deutschland geltend zu machen sind. Daß der Schein im Ausland gezeichnet und in engl. Sprache abgefaßt ist, ist gleichgültig.

§ 778.

RG. 13. 1. 17; 89, 319, 324, HansGZ. 17 Hbl. 121ff. Nach deutsch. Recht ist die Frage, ob für den Versicherten auch nach der Nehmung noch das versicherbare Interesse bestehen bleibt, zu bejahen. Vor der Kondemnation besteht kein Verlust, ein Verlust droht nur, und diese Drohung läßt stets, mag auch der demnächstige Verlust auf die Vergangenheit zurückbezogen werden müssen, Raum für ein versicherbares Interesse.

§ 779.

Hamburg 13. 3. 17, Hansa 17, 428, **RG.** 27. 10. 17, Hansa 17, 796. Durch die Klausel eines Rückversicherungsvertrages, wonach der Rückversicherer die vom Rückversicherten vorgenommene Schadensregulierung bedingungslos anerkennen und die ihm zur Last fallenden Schadensteile innerhalb 3 Tagen remittieren muß, haben die Parteien die Möglichkeit ausschließen wollen, daß der Rückversicherer mit dem Rückversicherten nach erfolgter Schadensregulierung noch über das Vorliegen eines Versicherungsfalles rechte. Die Klausel kann daher nur dahin ausgelegt werden, daß nach solcher Regulierung die Kl. weder bezüglich des Schadensfalles selbst noch wegen der Höhe des dem Versicherten gewährten Ersatzes Einwendungen erheben, sondern nur noch mit der Behauptung gehört werden kann, daß die Regulierung in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise erfolgt sei, daß dem Rückversicherten bei der Anerkennung des Schadensfalles oder der Deckung desselben Arglist oder grobes Verschulden zur Last falle.

§ 781.

1. **RG.** 25. 10. 16; 89, 37, HansGZ. 17 Hbl. 28, LeipzZ. 17, 261. Für den Cif-Verkäufer hört das versicherbare Eigentumsinteresse erst mit der endgültigen Bezahlung der Ware oder mit der Eigentumsübertragung auf; hat er für Rechnung wen es angeht versichert, so muß er, wenn er zur Zeit des Unfalls auch Eigentümer der Ware war, ohne weiteres für befugt erachtet werden, zu erklären, daß er für eigene Rechnung versichert habe, und demgemäß die Rechte aus der Versicherung geltend zu machen.

2. **RG.** 31. 1. 17; 89, 69, HansGZ. 17 Hbl. 61, R. 17 Nr. 727. Die für Rechnung wen es angeht von dem Cif-Verkäufer vorgenommene Seeversicherung ist im Zweifel als zur Deckung seines Eigentumsinteresses bestimmt zu erachten. Jedenfalls hat der Cif-Verkäufer im Regelfalle das Recht, nachträglich zu erklären, daß die Versicherung diese Bedeutung hat.

3. Gegen vorstehende Urteile Christoph, Die Hanse 17, 263ff., auch HansGZ. 17 Hbl. 145ff. Der Cif-Verkäufer ist noch Eigentümer der Ware, aber es ist nicht das Eigentum, das versichert wird, sondern nur das Interesse daran, daß die Ware die Gefahr der Seereise übersteht. Dieses Interesse ist aber, wenn auch das Eigentumsrecht noch weiter besteht, dadurch, daß auf den Käufer die Gefahr des Transportes übergegangen ist, seines materiellen Inhalts entkleidet; es ist zu einem nicht mehr aktuellen, nur schwebenden Eigentumsinteresse geworden, das aber eben, weil der Versicherungsnehmer noch Eigentümer ist, durch Eintritt einer künftigen Tatsache wieder zu einem gegenwärtigen, bestimmten, werden kann und darum versicherbar ist. Der Cif-Verkäufer, der nach Abladung der verkauften Ware Versicherung nimmt, will damit das Interesse versichern, das der Käufer daran hat, daß die für ihn abgeladene, zum Eigentumserwerb für ihn bestimmte Ware die Seereise übersteht. Der Verkäufer hat aber auch mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der Übergang des Eigentums der noch ihm gehörenden Ware nicht eintritt, der Käufer die Dokumente nicht aufnimmt und die Ware dadurch auf den Verkäufer zurückkommt. Die Form, in der er diesen doppelten Zweck erreicht, ist die Versicherung für Rechnung wen es angeht. Es gibt darum im Augenblick der Versicherungsnahme für Rechnung wen es angeht, cif verkaufter Güter keine gewiß Versicherten; es gibt nur einen Versicherten, dessen Person unbestimmt ist, weil es ungewiß ist, wem im Augenblicke des Unfalls das versicherbare Interesse zusteht.

4. Hamburg 11. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 5. Versicherung der verkauften Ware durch den Cif-Verkäufer für Rechnung wen es angeht. Der Cif-Verkäufer kann eigenes Interesse versichern, und die Übergabe der Police an den Käufer gilt als Abtretung der Rechte des Verkäufers aus der Police auf den Käufer.

5. Hamburg 11. 5. 17, HansGZ. 17 Hbl. 227. Kein versichertes Interesse des Cif-Käufers mehr an dem Gute, dessen Dokumente er aufzunehmen abgelehnt hat.

§§ 781, 782.

RG. JDR. 15, 673 auch **RG.** 89, 22ff. und HansGZ. 17 Hbl. 30ff.

§ 784.

Hamburg (ohne Datum), Hansa 17, 575. Vermerke in der Schlußnote, die nicht in der Police Ausdruck gefunden haben, sind nicht zu berücksichtigen.

§§ 688ff. (alte Fassung).

RG. 28. 2, 17; 90, 7ff., HansGZ. 17 Hbl. 112. Im Falle der Doppelversicherung (ASVB. §§ 10ff.) durch eine laufende und eine besondere Police ist für die Priorität der Versicherung das Datum der Vertragsabschlüsse entscheidend, nicht — wie **RG.** 44, 31 annimmt — die Momente, in denen die versicherten Gegenstände in ein gewisses tatsächl. Verhältnis gebracht werden, dessen Eintritt das Risiko hervorruft.

§ 799.

1. **RG.** 19. 5. 17, R. 17 Nr. 1883. Gleichzeitige Mehrwertsversicherung „drüben" ist von nachträgl. Versicherungsergänzung grundsätzl. zu unterscheiden. Es handelt sich nicht um eine nachträgl. ergänzende Güterversicherung wegen nachträgl. Wertsteigerung, ebensowenig um die Versicherung von imaginärem Gewinn, sondern um eine von der Regel des § 22 Abs. 1 ASVB. (HGB. § 799 Abs. 1) abweichende Versicherung gemäß § 22 Abs. 2 und 3 daselbst (HGB. § 799 Abs. 2 und 3), wonach dem normalen Versicherungswerte ein Betrag für die Fracht sowie die Kosten während der Reise und am Bestimmungsort hinzugerechnet wird. Diese Versicherung hat ihre hauptsächl. Bedeutung nicht bei Totalverlust, sondern bei Beschädigung angekommener Güter, für die alsdann Fracht, Zoll u. dgl. zu bezahlen sind, obschon sie diese Spesen wegen der Wertverminderung nicht wohl tragen können. Im Falle des Totalverlustes sind jedenfalls die Spesen, wenn sie erspart werden, nicht zu vergüten, und soweit sie erspart werden, abzurechnen.

2. Hamburg 11. 5. 17, HansGZ. 17 Hbl. 228. Unterschied zwischen Versicherung des Mehrwerts und Versicherung von imaginärem Gewinn.

3. Hamburg 12. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 243. Versicherung von Gütern zu taxiertem Wert „incl. Fracht und/oder Spesen und/oder imaginärem Gewinn, gleichviel wie hoch".

4. **RG.** 16. 6. 17; 90, 327. § 799 (= ASVB. § 22) enthält eine Auslegungsregel, berechnet auf den gewöhnl. Fall, daß die Versicherung zur Zeit der Abladung oder vorher geschlossen wird. In erster Linie bezieht sie sich auf Fracht und Kosten nach der Abladung, die deshalb eine besondere Behandlung erfordern, weil sie regelmäßig bei Verlust der Güter erspart werden. Sodann wird der Fall berücksichtigt, daß zwischen Versicherung und Abladung eine Wertverminderung eintritt, denn für diesen Fall würde der Versicherte einen ungerechtfertigten Gewinn erzielen, wenn ihm bei Verlust mehr als der Abladungswert vergütet würde. Dann ist es auch gerechtfertigt, daß auf eine etwaige Taxe, die auf dem höheren Wert bei der Abladung beruht, keine Rücksicht genommen wird.

§ 804.

RG. 21. 10. 16 (nicht 1. 10. 16), JDR. 15, 673 auch **RG.** 89, 28.

§ 817.

RG. 25. 11. 16; 89, 128, DJZ. 17, 613, HansGZ. 17 Hbl. 74, LeipzZ. 17, 262. Bei der laufenden Versicherung nach § 64 ASVB. tritt durch die Deklaration oder Abladung

der Ware eine Konkretisierung oder Konzentration bezüglich des Schiffes, so daß von nun an eine Versicherung von Gütern in einem bestimmten Schiffe vorläge, nicht ein. Vielmehr unterscheiden sich Deklaration und Abladung bei der laufenden Police von der Bezeichnung des Schiffes in der Police selbst wesentlich dadurch, daß sie nur die vorgeschriebene Mitteilung des Versicherten über den Eintritt der Bedingung, von der das Inkrafttreten der Versicherung in bezug auf die betr. Güter abhängt, bzw. die Tatsache des Eintritts selbst darstellen, während die Bezeichnung des Schiffs in der Police die vertragsmäßige Beschränkung der übernommenen Gefahr auf ein bestimmtes Schiff enthält. Gegenteiliges kann auch **RG.** 44, 31 nicht entnommen werden.

§ 820.

1. **RG.** 7. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 231. Totalverlust, wenn eine versicherte Ware von einer feindl. Regierung nicht konfisziert, sondern requiriert wurde und bezahlt werden soll.

2. Hamburg 6. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 217. Totalverlust der versicherten Güter, wenn diese nach Beschlagnahme des Schiffes in England dort öffentl. verkauft und ihr Erlös beim Prisengericht hinterlegt wurde.

3. **RG.** 5. 3. 17 ,Hansa 17, 205, HansGZ. 17 Hbl. 125ff. Versicherung gegen Kriegsgefahr, geltend „für den Fall der Wegnahme, Beschädigung oder Vernichtung des Fahrzeuges durch Kriegsschiffe, Minen, Torpedos oder Forts sowie für die Kosten einer Reklamierung". Der Versicherer haftet nicht für die nach Ablauf der Versicherung erfolgte Sprengung des Schiffes im Antwerpener Hafen, obschon noch während der Geltung der Versicherung eine Beschlagnahme erfolgt war. Aus der Beschlagnahme würde sich ein Anspruch nur ergeben, wenn durch sie dem Versicherten das Eigentum am Schiff verloren gegangen oder dieses beschädigt worden wäre.

4. Hamburg 23. 6. 17, HansGZ. 17 Hbl. 234. Versicherung gegen Kriegsgefahr. Kosten für Leichterung und Lagerung fallen nicht unter die Hamburger Kriegsklausel.

5. Hamburg 23. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 18. Kein ursächl. Zusammenhang zwischen der Wegnahme des versicherten Schiffes und der erst nach Ablauf der Versicherung erfolgten Beschädigung seiner Maschinen.

6. Königsberg 23. 1. 17, HansRZ. 1, 40. Beweis einer für den Schiffsuntergang ursächl. Kriegsgefahr. Hoher Grad von Wahrscheinlichkeit.

§ 823.

RG. 23. 12. 16; 89, 277, LeipzZ. 17, 601 weist die Revision gegen OLG. Hamburg JDR. 15, 675 zurück.

§ 828.

RG. 25. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 17, R. 17, 73 Nr. 86. ASVB. § 77 Abs. 2 bezweckt ebenso im HGB. § 828 Abs. 2, den Güterversicherten zu schützen, wenn nach Beginn der Gefahr der Transport in der beabsichtigten Weise infolge eines von seinem Willen unabhängigen Umstandes aufgegeben wird. In diesem Falle soll die von dem Versicherer übernommene Gefahr für den anderweiten Transport zum Bestimmungshafen weiterlaufen. Es bedarf keines Widerspruchs des Versicherten, um ihm den Vorteil des § 77 zu sichern.

§ 831.

RG. 23. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 196, R. 17 Nr. 470. Unterwegs bleibt das Schiff für die Aufenthaltsversicherung auch bei Ankerungen wegen Nebels nach kurzer Fahrt in der Nähe des Abgangshafens.

§ 848.

1. **RG.** 23. 12. 16, R. 17, 117 Nr. 193. § 54 Abs. 2 Nr. 1 ASVB. bezieht sich keineswegs nur auf neutrale Ware; trotz des Beisatzes, daß die Verladepapiere deutsche oder österreichische Namen nicht enthalten dürfen, bleibt es bei dem Verbot des Orderkonnossements hinsichtlich der Versicherung gegen Kriegsgefahr.

2. RG. 20. 1. 17, R. 17, 117 Nr. 194. Die vereinbarte Zulassung von Konnossementen an die Order neutraler Firmen erstreckt sich unter Umständen auch auf Nachversicherungen.

3. Hamburg 10. 11. 16, LeipzZ. 17, 619. Über die Klausel: „Die Konnossemente bis Gothenburg müssen auf Namen neutraler Firmen lauten" und den § 54 ASVB.

4. RG. 13. 12. 16, DJZ. 17, 432, HansGZ. 17 Hbl. 93 bestätigt OLG. Hamburg JDR. 15, 676.

§§ 848, 849.

RG. 29. 11. 16; 89, 140ff., DJZ. 17, 237, HansGZ. 17 Hbl. 107, LeipzZ. 17, 262. Bei der Klausel „frei von Kriegsverkehr" ist der Versicherer frei von allen Unfällen, welche auch nur mittelbar durch die Kriegsgefahr verursacht werden, auch wenn eine reine Seegefahr unmittelbar den Schaden verursacht hat. Es genügt ein Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Kriegsgefahr, m. a. W., daß letztere die conditio sine qua non des Schadens war. Bei der Klausel „nur für Seegefahr" dagegen ist der Versicherer nur frei von solchen Unfällen, die unmittelbar durch die Kriegsgefahr verursacht werden. Hier befreit der bloße Kausalzusammenhang zwischen Kriegsgefahr und Schaden den Versicherer noch nicht, vielmehr tritt die Befreiung nur dann ein, wenn die Kriegsgefahr die causa proxima des Schadens war; es kommt also darauf an, ob die Gefahr, welche den Unfall unmittelbar verursacht hat, sich typisch als See- oder als Kriegsgefahr darstellt. Das ist nicht der Fall, wenn ein aufgebrachtes Schiff auf der Fahrt zum Prisenhafen verloren geht infolge Löschung eines Leuchtfeuers.

§ 849.

1. Bruck, Schiffsladungen in italienischen und portugiesischen Häfen, HansRZ. 1, 22. Die Behandlung der Ladung aus deutschen Schiffen seitens der italien. Regierung stellt einen Fall der Kriegsgefahr dar, so daß eine Versicherung „nur für Seegefahr" nicht zum Ersatze herangezogen werden kann.

2. RG. 29. 11. 16; 89, 139ff., LeipzZ. 17, 263. Auf einem von der belg. Regierung in Antwerpen zurückgehaltenen Schiffe brach in den Kohlenbunkern Feuer aus, worauf die Behörde die Entlöschung anordnete. Während der Belagerung und Eroberung von Antwerpen sind an den am Kai lagernden versicherten Gütern Diebstähle verübt worden. Der Versicherer haftet. Auch eine wesentliche Erhöhung der an sich unter die Klausel „nur für Seegefahr" fallenden Gefahr, auf der der Unfall unmittelbar beruht, durch die Kriegsereignisse schließt die Haftung des Versicherers nicht aus.

3. RG. 5. 3. 17, Hansa 17, 364, HansGZ. 17 Hbl. 125. Beschlagnahme eines Schiffes im Antwerpener Hafen und Beschädigung durch die belgischen Behörden — letzteres nach Ablauf der Police. Die Beschlagnahme, auch wenn man sie der „Wegnahme" i. S. der Police gleichstellt, löst nicht ohne weiteres den Versicherungsanspruch aus, wie dies unter Hinzutritt weiterer Umstände beim Abandon geschehen kann; vielmehr entsteht der Versicherungsanspruch nur dadurch, daß durch die Beschlagnahme ein Schaden verursacht wird. Zwischen der Beschädigung und der Beschlagnahme fehlt es aber hier am jurist. wie am natürl. ursächl. Zusammenhange.

4. RG. 19. 5. 17, R. 17, 410 Nr. 884. Typische Kriegsgefahr liegt vor, wenn das Schiff einen Hafen anläuft, um der Aufbringung zu entgehen, und nunmehr die entladene Ware bei dem anderweitigen Weitertransport untergeht.

5. RG. 31. 1. 17; 89, 70, Hansa 17, 171; HansGZ. 17 Hbl. 61, LeipzZ. 17, 537, R. 17, 180 Nr. 371. Kriegsklausel, die nur die Risiken der Konfiskation, Nehmung, Vernichtung usw., so lange sich die Ware an Bord des Seedampfers befindet, deckt. Dieser Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn die Ware an Land gebracht, im Zollhaus von der englischen Zollbehörde konfisziert und später vom Prisengericht kondemniert wurde. Es ist dem OLG. nicht zu folgen, daß die Gefahr, deren Tragung der Versicherer

übernommen hatte, schon begonnen habe, als der engl. Kapitän den Dampfer mit der Ware eigenmächtig nach London führte, und daß der Verlust der Ware nur eine selbstverständl. Folge des Vorhandenseins der Ware auf dem engl. Schiff gewesen sei. → Das Urteil hebt die Entsch. des HansOLG., JDR. 15, 674 auf. ←

6. Hamburg 13. 7. 17, HansRZ. 1, 48, Hansa 17, 780, HansGZ. 17 Hbl. 225, **RG.** 19. 1. 18, Hansa 18, 84, **RG.** 4. 4. 17, HansGZ. 17 Hbl. 254. Klausel „bloß für Seegefahr" nach den Bremer Bedingungen.

7. **RG.** 13. 1. 17; 89, 319ff., HansGZ. 17 Hbl. 121ff. weist die Revision gegen das JDR. 15, 676 unter Nr. 3 (auch DJZ. 17, 248, R. 17, 118 Ziff. 195) mitgeteilte OLG. Hamburg zurück.

8. LG. I Berlin (ohne Datum), Hansa 17, 534. Die Klausel „diese Police deckt auch die direkte Kriegsgefahr, bestehend in Wegnahme, Beschädigung oder Zerstörung durch Kriegsschiffe, Kaper, Torpedos oder Seeminen, mit Ausschluß aller indirekten Folgen. . ." deckt nicht jede direkte Kriegsgefahr, sondern nur einzelne Fälle derselben. Sie trifft insbes. nicht den Fall, daß der Kapitän des die Ware befördernden engl. Schiffes bei Kriegsausbruch freiwillig nach England gefahren ist und die dortigen Behörden das Gut beschlagnahmt und kondemniert haben.

§ 851.

Die JDR. 15 Ziff. 2 mitgeteilte Entsch. auch **RG.** 89, 144ff. und HansGZ. 17 Hbl. 81ff.

§ 854.

RG. 13. 1. 17, DJZ. 17, 432, LeipzZ. 17, 462, R. 17 Nr. 232. Nach Aufbringung des Schiffes durch den Feind bricht durch Selbstentzündung der Kohlen Feuer aus, das Schiff wird auf den Strand gesetzt. Ein prisengerichtl. Verfahren ist eingeleitet, ob ein Urteil ergangen, ist nicht ermittelt. Der Einwand des Versicherers, daß infolge der sicherlich zur Kondemnation führenden Nehmung des Schiffes kein versicherbares Interesse mehr zur Zeit seiner Zerstörung vorgelegen habe, wurde verworfen. Die Frage, ob ein versicherbares Interesse vorgelegen habe, sei nach deutschem Recht zu beurteilen und nach diesem zu bejahen, weil in der Nehmung an und für sich kein Totalverlust zu erblicken sei und die Gefahr für den Versicherer erst mit der Kondemnation ende. Das versicherbare Interesse wurde auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß etwa das Eigentum des Schiffes mit der Nehmung auf den Nehmerstaat übergehe, was nach gemeinem Völkerrechte und nach deutschem Recht nicht der Fall sei, nicht einmal nach engl. Recht, wo die Kondemnation für den Eigentumserwerb erforderlich sei, wenn auch nach dem Urteil die Prise so behandelt werde, als sei das Eigentum schon mit der Nehmung übergegangen. → Vgl. JDR. 7, 698 zu § 849 unter 2. ←

§ 861.

1. Bruck, Schiffsladungen in italienischen und portugiesischen Häfen, HansRZ. 1, 23. In dem Dekret der portugiesischen Regierung v. 21. 4. 1916 muß eine das Abandonrecht auslösende Beschlagnahme erblickt werden.

2. Hamburg 4. 7. 17, Hansa 17, 714, HansRZ. 1, 37. Die Abandonerklärung hinsichtlich der versicherten Ladung ist zulässig trotz der Erklärung einer feindl. Regierung, die Ladung eines unter Embargo gelegten Schiffes hinterlegen und nach Kriegsende wieder aushändigen zu wollen.

3. Hamburg 8. 5. 17; 4. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 161, 194, **RG.** 12. 12. 17, Hansa 17, 830. Zulässigkeit des Abandons einer Ladung, die sich auf einem von Portugal requirierten deutschen Schiffe befand.

4. **RG.** 25. 10. 16, HansGZ. 17 Hbl. 29, **RG.** 4. 4. 17; 90, 144, HansGZ. 17 Hbl. 254. Unterschied zwischen Aufbringung und Anhaltung.

§ 864.

RG. 14. 2. 17, R. 17 Nr. 686. Ist der Abandon zunächst verfrüht erklärt worden, so ist dies unschädlich, wenn nach Erfüllung der Voraussetzungen daran festgehalten wird.

§ 866.

Niemeyer, Die Unwiderruflichkeit des Abandons, HansRZ. 1, 73ff., stellt folgende Sätze auf: 1. Da die Abandonerklärung vom Versicherten abgegeben wird, enthält der Satz „die Abandonerkl. ist unwiderruflich" nur eine Bindung des Versicherten, nicht eine solche des Versicherers. 2. Der Satz bedeutet nur, daß die Abandonerkl. gegen den Widerruf des Versicherten geschützt ist; sie entzieht die Erklärung nicht der Anfechtbarkeit wegen Irrtums, Drohung oder Täuschung. Im Falle des § 867 bedarf es nicht einmal einer Anfechtungserklärung. 3. Der Unwiderruflichkeit der Abandonerkl. steht nicht entgegen, daß der Versicherte, wenn der Versicherer den Abandon als unzulässig ablehnt, sich dieser Auffassung fügt und die Erklärung zurücknimmt. 4. Die Unwiderruflichkeit der Abandonerkl. äußert ihre Wirkung zunächst in der Zeit von der Abgabe der Erklärung bis zur Stellungnahme des Versicherers. Die Annahmefrist des § 147 BGB. kommt nicht in Frage, da der Abandon kein Vertrag ist. Der Versicherte darf nicht widerrufen, auch wenn der Versicherer seine Erklärung noch so sehr verzögert. An die Stelle der einseitigen Gebundenheit tritt, wenn der Versicherer die Abandonerkl. annimmt, der Vertrag; im Falle der Ablehnung kann sich der Versicherte vom Abandon freimachen, indem er sich fügt.

§ 868.

1. Hamburg 6. 7. 17, HansGZ. 17 Hbl. 213. Zulässigkeit, vom Klaggrunde des Abandons zu dem des Totalverlustes überzugehen.

2. **RG.** 25. 10. 16; 89, 40, DJZ. 17, 330, HansGZ. 17 Hbl. 11, LeipzZ. 17, 263. Durch die rechtmäßige Abandonerklärung sind alte Rechte und Ersatzansprüche ohne weiteres auf den Versicherer übergegangen; der Auslieferung der Konnossemente bedarf es dazu nicht; denn diese haben nach Einziehung des Schiffes und Wegnahme der Ladung durch die feindl. Macht ihre Eigenschaft als Legitimations- und Traditionspapiere eingebüßt. Auch gingen die auf dem Verlust der Güter beruhenden Ersatzansprüche des Eigentümers nicht durch das Indossament des Konnossements auf den Indossatar über. Nur als Ausweis über die Geltendmachung der Rechte an den Gütern selbst oder der Ersatzansprüche hat der Besitz der Konnossemente noch Wert, und sie müssen deshalb dem Versicherer im Falle des Abandons ausgehändigt werden, wenn sie noch beschafft werden können. Die §§ 870, 871, die dem Versicherten aufgeben, den Versicherer in den Stand zu setzen, die auf ihn übergegangenen Rechte auch geltend zu machen, stellen nicht etwa die Bedingungen für die Geltendmachung des Abandons auf, sondern statuieren besondere Verpflichtungen des Versicherten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche begründen würden. Sind die Urkunden, die sich auf den abandonierten Gegenstand beziehen, im Zusammenhang mit der Gefahr, gegen die er versichert war, verloren gegangen, so kann von einem Verschulden, das einen Schadensersatzanspruch begründet, keine Rede sein.

3. **RG.** 14. 2. 17, R. 17 Nr. 687. Verurteilung zur Zahlung der Versicherungssumme auf Grund Totalverlustes und Abandons enthält, richtig verstanden, keinen inneren Widerspruch. Das angefochtene Urteil ist dahin zu verstehen, daß, wenn der Klaggrund des Abandons versagen sollte, die Klage wegen Totalverlustes begründet sein würde. Diese Behandlung ist nach Sachlage zulässig, obwohl an sich bei Wirksamkeit des Abandons nicht mehr aus Totalverlust geklagt werden kann.

§ 884.

RG. 14. 2. 17, Hansa 17, 172, LeipzZ. 17, 602, R. 17 Nr. 688. § 884 Nr. 3 erklärt in Kondemnationsfällen die Belegung mit dem Erkenntnisse des Prisengerichts nicht für unumgänglich, sondern nur für im allgemeinen genügend. Er ist daher nicht ausgeschlossen, daß das Gericht auf Grund anderer Belege und Umstände nach freiem Ermessen die Überzeugung von der Tatsache der rechtskräftigen Kondemnation gewinnt. Das OLG. beruft sich mit Recht auf den unbestrittenen Zeitungsbericht über die prisengerichtl. Verhandlung, auf die Tatsache, daß die Ware deutsches Eigentum war, und auf die nach der

engl. Art der Kriegführung berechtigte Annahme, daß die Engländer allgemein deutsche, vor Kriegsausbruch britischen Schiffen zur Beförderung anvertraute Ware für gute Prise erklären, die sich inzwischen durch eine längere, auch im Schrifttum festgestellte Erfahrung als zutreffend erwiesen hat.

§§ 894, 897.

1. Hamburg 20. 11. 16, HansGZ. 17 Hbl. 21, JW. 17, 305, R. 17, 172, R. 17, 172 Nr. 285, SeuffA. 72, 236. Stilliegen zufolge feindl. Wegnahme während des Laufes einer Zeitversicherung gegen Seegefahr vermindert die noch ausstehende Prämie nicht.

2. Hamburg 19. 5. 17, R. 17, 370 Nr. 747. Der Umstand, daß das versicherte Schiff vom Feinde weggenommen wird, berechtigt den Versicherten nicht, die Prämie zurückzufordern oder einzubehalten.

3. **RG.** 9. 12. 16, Hansa 17, 403, HansGZ. 17 Hbl. 106, LeipzZ.17, 544, R. 17, 73 Nr. 88. Aus der Klausel, daß bei längerem unbeschäftigten Stilliegen des Schiffes ein entsprechender Teil der Prämie zurückverlangt werden könne, kann der Versicherungsnehmer nicht auch einen Rückvergütungsanspruch dann herleiten, wenn das Schiff vor Ablauf der Versicherungszeit vom Feinde versenkt wird.

4. **RG.** 16. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 118, LeipzZ. 17, 545. Die Bedingung des Stilliegens ist nicht gegeben, wenn das beschlagnahmte Schiff von der feindl. Regierung benutzt wird. Die Stilliegeklausel ist aber überhaupt unanwendbar, wenn der Versicherte sich gemäß ASVB. § 101 Abs. 3 für die Aufgabe der Versicherung entscheidet.

5. Hamburg 19. 5. 17, R. 17 Nr. 747. Der Umstand, daß das versicherte Schiff vom Feinde weggenommen wird, berechtigt den Versicherten nicht, die Prämie zurückzufordern oder einzubehalten. Die Seeversicherung wird von dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Gefahr und der Prämie beherrscht. Ausnahmen erleidet derselbe nur, wo sie gesetzlich oder durch Vertrag zugelassen sind. Eine ausdehnende Auslegung erscheint unzulässig. Wenn daher nach der Police der Versicherte berechtigt ist, beim Stilliegen des Schiffes in einem Hafen die Versicherung vorzeitig zu kündigen, so läßt sich diese Bestimmung nicht ohne weiteres auf den Fall ausdehnen, daß das Schiff gekapert wird.

Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz.

Gesetz, betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

§ 13.

BRVO. über Schiffsregister und Hilfskriegsschiffe v. 16. 5. 1917 (RGBl. 411). → Vgl. DJR. 13, 525; 15, 679. ←

*Schaps, Schiffsregister und Hilfskriegsschiffe, JW. 17, 647; Hilfskriegsschiffe und Schiffsregister, SchiffZ. v. 19. 7. 1917 (2. Probe-Nr.), 6. Die Löschung der vorübergehend in Kriegsschiffe umgewandelten Kauffahrteischiffe im Schiffsregister, wie sie seit Beginn der Mobilmachung auf Antrag der Marineverwaltung vorgenommen wurde, war ein Mißgriff, dem die rechtl. Grundlage fehlte. Ihm sucht die BRVO. abzuhelfen. Sie geht, im Gegensatz zu der Auffassung des KG. (JDR. 15, 679), davon aus, daß das Eingetragensein im Schiffsregister dem Wesen des Hilfskriegsschiffes nicht widerspricht. Sie bestimmt einerseits, wie es gehalten werden soll, wenn in Zukunft ein Kauffahrteischiff in den Dienst der Marine vorübergehend eingestellt wird, ohne daß die Marineverwaltung das Eigentum daran erwirbt (§ 1), andererseits, was zu geschehen hat, sofern ein solches Schiff vor Inkrafttreten der VO. bereits im Schiffsregister gelöscht worden ist (§§ 2, 3). § 1 trifft für die Zukunft vollkommene Abhilfe; die Regelung des § 2 für die Vergangenheit (Wiedereintragung des früheren Registerinhalts) mit eventuellen bekannt gewordenen Änderungen ist naturgemäß unvollkommen. Ein bedenklicher Mißgriff ist die Sonderbestimmung des § 3, wonach bei Wiedereintragung binnen 6 Monaten nach Inkrafttreten der VO. in An-

sehung der Wirksamkeit eingetragen gewesener Pfandrechte die Löschung des Schiffes als nicht erfolgt gilt. Das kann dazu führen, daß Rechtsänderungen, die nach der Löschung eingetreten sind, rückgängig gemacht, Rechte Gutgläubiger beseitigt werden.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Sebba, Unterseeboot und Seestraßenrecht, Mitteilungen des „Archiv für Schiffbau und Schiffahrt" 1917, 101ff., auch HansRZ. 1, 305ff., legt dar, daß die Anwendbarkeit der SStrO. auf Unterseeboote in mancher Hinsicht zweifelhaft ist und daß insbes. die Führung der Lichter und die Abgabe von Signalen seitens des Unterseeboots nach den herrschenden Bestimmungen gar nicht oder nur unter Schwierigkeiten durchführbar ist. — Jedenfalls ist das Unterseeboot ein „Dampffahrzeug" i. S. der Einleitung Abs. 3.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§§ 21ff.

I. Sperl, Rechtsfragen aus Anlaß der Hebung kriegsversenkter Schiffe und Güter, DJZ. 17, 628ff., auch Sperl, Das Eigentum an kriegsversenkten und wieder gehobenen Schiffen und Gütern, Österr.-Ungar. SchiffahrtsZ. v. 14. 10. 17, 18ff.

1. Die Frage des Eigentums an den in Küstengewässern gesunkenen Sachen richtet sich nach der Privatrechtsordnung des Festlandes. Sind dagegen Gegenstände im offenen Meer versunken, so entscheidet über die Frage, ob Eigentum und Besitz bestehen geblieben sind, weder das Recht des Verlustträgers noch das des Heimatsstaats des hebenden Schiffes. Der Gegenstand hat in der Meerestiefe gelegen, also nicht mehr in der einen und noch nicht in der anderen Rechtssphäre. Es genügt nicht, daß das herrschen wollende Subjekt sich in einem Rechtsraum befindet, auch die beherrschte Sache müßte es sein. Schon aus diesem Grunde muß man sagen, daß jedes dingl. Recht an einer in offener See gesunkenen Sache untergegangen ist. Aber auch deshalb, weil die am Meeresgrunde liegende Sache jeder Machtausübung, jeder Nutzung und Beherrschung, kein Eigentümer und Besitzer diese Rechte auszuüben pflegen, für den regelmäßig zu erwartenden Lauf der Dinge gänzlich und für immer entzogen ist. Die Normen der Strandungsordnungen, z. B. StrO. § 35, über ans Ufer getriebene oder versunkene Gegenstände, Bergelohn, Aufgebotsverfahren usw. beziehen sich nur auf im Bereich der Küstenwässer geborgenes Gut.

2. Bei im offenen Meer versenkten Sachen bleibt die in einigen Staaten geltende Rechtsregel außer Betracht, daß herrenlose Güter Eigentum des Staats seien. Auch das Hebeschiff als schwimmender Gebietsteil erwirbt nicht für seinen Staat, sondern für sich bzw. für seinen Auftraggeber. Ebensowenig hat das versenkende Schiff seinem Staate das Eigentum am versenkten Gut verschafft.

II. Mielziner, Das Eigentumsrecht an den in deutschen Hoheitsgewässern gesunkenen Schiffen und Ladungen, RuW. 17, 205ff., auch Mielziner, Das Eigentumsrecht an gehobenen Schiffen und Ladungen, SchiffahrtsZ. v. 15. 11. 17, 6.

Nach deutsch. Recht sind grundsätzl. in deutsch. Küstengewässern versunkene Schiffe und Ladungen selbst bei vorliegendem Besitzverlust nicht als herrenlos anzusehen, vielmehr können die früheren Eigentümer und sonstigen Berechtigten nach erfolgter Hebung alle Ansprüche aus ihrem Eigentum und ihren sonstigen Rechten geltend machen. Das Hebungsunternehmen kann sich also diese Gegenstände nicht aneignen. Anwendbar sind weder §§ 958ff. noch §§ 965ff. BGB., vielmehr der III. und IV. Abschnitt der Strandungsordnung.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 20. Mai 1898.

§ 1.

1. Hamburg 31. 1. 17, HansGZ. 17 Hbl. 178. Die Lotsung der bei Brunsbüttel aus dem Kanal ausfahrenden Schiffe ist nicht als Führung durch einen Zwangslotsen anzusehen.

2. RG. 19. 9. 17, R. 17 Ziff. 1884. Die BetrO. für den Kaiser-Wilhelm-Kanal

kann ohne Rechtsirrtum dahin ausgelegt werden, daß der Lotsenzwang für ausfahrende Schiffe endet, wenn das Schiff in die Ausgangsschleuse eingefahren ist.

3. **RG.** 10. 11. 17, Hansa 17, 747. Das auf Grund Verschuldens des Zwangslotsen in Anspruch genommene Kanalamt ist auch zur Tragung der Kosten des Vorprozesses gegen eine andere, für ersatzpflichtig gehaltene Person zu verurteilen, das ergibt § 839 BGB.

§ 4.

Vgl. zunächst § 486 HGB.

Zusatz zu § 4. Schleppvertrag.

1. Hamburg 8. 3. 17, HansGZ. 17 Hbl. 192, HansRZ. 1, 87. Geltung von in den Zeitungen veröffentlichten Schleppbedingungen auch ohne deren besondere Erwähnung beim Vertragsschluß. -> Dazu ältere Urteile, HansRZ. 1, 84ff. und Mittelstein, daselbst 88. <-

2. Hamburg 4. 4. 17, Rspr. 34, 385, HansRZ. 1, 35. Der vom Frachtführer zum Schleppen seines Leichters verwendete Schlepper ist Ausführungsgehilfe des Transportvertrages. -> Die Entsch. beruft sich, gegenüber dem entgegenstehenden **RG.** 78 Nr. 86, auf eine neuere Entsch. des **RG.** 11. 12. 15, jetzt abgedruckt HansRZ. 1, 34. Die Verschiedenheiten der beurteilten Fälle hebt indessen hervor Mittelstein, HansRZ. 1, 37. <-

§ 61.

Hamburg 5. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 41, Hansa 17, 535. Keine Ausnahme von der Vorschrift des § 61, insbesondere kein Verzicht auf sie, wenn Kohlenladungen vermittelst Greifern gelöscht werden.

§ 85.

Mittelstein, Abzug der Fracht und Zölle usw., HansRZ. 1, 141ff. (vgl. HGB. § 719, auch KG. HansRZ. 1, 152ff. und Mittelstein, daselbst 154). Distanzfracht ist nie abzuziehen, sondern — sofern nicht die Fracht endgültig im voraus bezahlt war — nur der Unterschied zwischen Bruttofracht und Distanzfracht, für den auch nur Vergütung begehrt werden kann.

Post-, Telegraphen- und Fernsprechrecht.

Schrifttum: Geiger, Die Schadensersatzpflicht der Postverwaltung bei Beschädigung von Wertsendungen mit zu geringer Wertangabe (Schluß), EisenbE. 33, 12.

Telegraphenordnung vom 16. Juni 1904.

§§ 18, 22.

RG. 25. 10. 17, JW. 18, 89. Ein bereits durch die Aufgabestation befördertes Telegramm kann nur durch Diensttelegramm von Amt zu Amt zurückgezogen werden. War das Telegr. dem Empfänger bereits zugestellt, so wird dieser von der Zurückziehung durch Aushändigung des erwähnten Telegr. benachrichtigt. Unerlaubt ist dagegen, daß das bereits abgegebene Telegr. wieder vom Empfänger abgeholt wird. Ebenso unerlaubt ist es auch, daß dem Empfänger, welcher das bei ihm abgegebene Telegr. noch nicht gelesen hatte, die Herausgabe des Telegr. oder die Mitteilung seines Inhalts verweigert wird. Der Postfiskus ist nach § 823 Abs. 1 BGB. für die Folgen der widerrechtlichen Besitzentziehung der TelegrUrkunde schadensersatzpflichtig.

Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899.

§ 6.

1. **RG.** 2. 4. 17; 90, 115ff. a) Wegeunterhaltungspflichtig i. S. des § 6 Abs. 2 des Gesetzes ist bezügl. einer Provinzstraße nur die Provinz, die die Mittel für die Unterhaltung der Straße aufbringt, nicht die Stadtgemeinde, welche im Verhältnis zu den von

ihr verursachten Wegeunterhaltungskosten Beiträge zur Unterhaltung der Straße an die Provinz beisteuert.

b) Beteiligung i. S. dieser Vorschr. kann nicht bloß eine Beteiligung an Gewinn und Verlust des Unternehmers, sondern auch eine Darlehnsgewährung gegen Zinsen sein; sie kann in einer Bürgschaftsleistung an sich gefunden werden, aber nicht, wenn zur Zeit der Ausführung der Anlage die BürgschLeistung noch nicht erfolgt war. — Die „Einheitlichkeit" der Anlage ist im wesentlichen nach tatsächl. Gesichtspunkten zu beurteilen. Sie braucht nicht deswegen verneint zu werden, weil die Bahnlinien teils auf öffentl. Wegen, teils auf selbständigen Bahnkörpern gehen.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Vorbemerkung. Schrifttum und Rechtspr. weisen im Berichtsjahr einen wesentl. Rückgang auf. Unter den Kriegsverordnungen ist die BRVO. v. 3. 5. 17 (RGBl. 393) von Bedeutung (vgl. zu § 12). Hervorzuheben ist der Aufsatz von Lobe (§ 1 Ziff. 2).

Schrifttum: Cahn, Die Wiederholungsgefahr bei nur einer Verletzung, GewRschutz 17, 160. — Elster, Publikationsinteresse und Verbietungsrecht als geschützte Gewerberechte, GewRschutz 17, 61. — Fuld, Das Klagerecht des Liquidators britischer Unternehmungen auf Grund des UnlWG., MschutzuWettbew. 16, 131. — Hecht, Das Abwendigmachen (Ausspannen) von Versicherten durch ausgeschiedene Vertreter in moralischer und rechtl. Beleuchtung, ZVersWiss. 17, 647. — Lobe, Der Hinweis auf fremde gewerbl. Leistung als Mittel zur Reklame, MschutzuWettbew. 16, 129. — Rosenthal, Die Erledigung des Klageanspruchs, ZIndR. 12, 147.

§§ 1ff.

1. Fuld, Stehen dem Liquidator britischer Unternehmungen alle Rechte des Inhabers des Unternehmens zu, so steht ihm auch das Klagerecht des Inhabers des Unternehmens zu, da derselbe als Wettbewerber i. S. des § 13 zu gelten hat.

2. Fuld, GewRschutz 17, 120 über den Bezeichnungszwang von Waren nach der Bek. v. 18. 5. 16 (RGBl. 380) und dem UnlWG.

§ 1.

I. Wettbewerbszweck.

1. **RG.** 1. 5. 17, MschutzuWettbew. 16, 241. Ausgeben fremder Erzeugnisse als eigene.

2. Lobe, MschutzuWettbew. 16, 129. Jeder Wettbew. enthält in sich ein Vergleichen, ein Abwägen, Abmessen der verschiedenen, zur Erreichung desselben Ziels eingesetzten Kräfte. Dies setzt notwendig voraus, daß auch nur die eben zum Vergleich bestimmte Tätigkeit von den Wettstrebenden in den Wettbew. eingeführt wird. Die Frage, welche Tätigkeit zum Vergleich steht, kann nur aus der besonderen WettbewArt selbst heraus beantwortet werden, nicht nach außerhalb des Wettbew. befindl. Umständen. Nicht ist namentlich entscheidend, ob im Verkehr außerhalb des Wettbew. der Gebrauch eines Mittels zur Erreichung des Ziels unsittlich ist oder nicht, sondern darauf kommt es an, ob es, in den Wettbew. eingeführt, die zu vergleichenden Tätigkeiten nicht in ihrer Reinheit bestehen und abwägen läßt und das Ergebnis des Vergleichs der Kräfte fälscht, den Wettbew. also nicht mehr „rein" läßt, sondern „unlauter" macht. Das kann auch durch eine Tätigkeit geschehen, die an und für sich und außerhalb eines Wettbew.-Verhältnisses durchaus einwandfrei ist. Trotzdem verstößt sie dann „gegen die guten Sitten des Wettbew.". In der besonderen Art des gewerbl. Wettbew. handelt es sich um ein Vergleichen und Abwägen einer auf Erlangung von Kundschaft gerichteten Erwerbstätigkeit. Jede solche Tätigkeit setzt begrifflich voraus, daß es im freien Willen des Kunden steht, die gewerbl. Leistung abzunehmen oder nicht. Die Beeinflussung dieses freien Willens dahin, Kunde zu werden, ist das gemeinsame Ziel, nach dem die im Wettbew. stehenden Gewerbetreibenden alle streben. Beeinflußt aber soll er werden nur durch die eigene gewerbl. Leistung. Lediglich diese steht zum Vergleich, darum macht die Einführung jeder

anderen Tätigkeit, als einer gewerbl. Leistung und als der eigenen gewerbl. Leistung zur Erreichung des Ziels, den Willen zur Abnahme der Ware zu bestimmen, den Wettbew. unlauter. Danach ergeben sich zwei hauptsächl. Formen unlauteren Wettbew.; einmal die Irreführung des Kunden über die eigene oder des Mitbewerbers gewerbliche Leistung, weil dadurch der freie Wille des Abnehmers beeinträchtigt und das Ergebnis des Vergleichs der im Wettbew. stehenden Kräfte unrichtig wird, sodann die Benutzung der gewerbl. Arbeitsleistung des Mitbewerbers zur Förderung des eigenen Wettbew. Das Bekanntsein einer Ware, die Tatsache, daß mit diesem Bekanntsein ohne weiteres bestimmte, die Kauflust anregende Vorstellungen verknüpft sind, ist ein außerordentlich wertvolles und kraftvolles, betriebförderndes Mittel, das sich der Gewerbetreibende für seine Wettbewerbstätigkeit mit seiner Reklame und seinen gewerbl. Leistungen geschaffen hat. Selbst wenn daher der andere Mittbewerber den Ruf der gewerbl. Leistung des Mitbewerbs lediglich dazu benutzt, um die Aufmerksamkeit des Publikums auch auf seine Ware zu lenken, ohne zugleich diesen guten Ruf durch falsche Vorspiegelung für sie in Anspruch zu nehmen, nutzt er die Arbeitskraft des Gegners aus, um seinen eigenen Wettbew. zu erleichtern. So aber tut derjenige, der bei Ausübung der gewerbl. Reklame, also bei der Erregung der Aufmerksamkeit des Publikums, diese Aufmerksamkeit dadurch zu erzielen sucht, daß er seine angebotene gewerbl. Leistung neben die bereits allgemein bekannte Leistung des Mitbewerbers setzt und mit dieser zusammen nennt, sei es, daß er sie mit ihr in rühmlichen oder abfälligen Vergleich bringt. Es kommt dann nicht darauf an, ob der Inhalt dieser Vergleichung und Inbeziehungsetzung unrichtig oder wahr ist, entscheidend ist allein die Tatsache, daß schon durch die Miterwähnung der bekannten Ware des einen Mitbewerbers deren Ruf ausgenutzt wird zur Erregung der Aufmerksamkeit auch auf die bisher noch unbekannte Ware des anderen Mitbewerbers. Das ist in der Regel der Zweck und der Erfolg bei allen sogenannten „Ersatz"- und „System"-Ankündigungen.

3. Elster über den Rechtsgrundsatz der „Wahrheit der Angaben" nach dem UnlWG.

4. München 12. 2. 17, JW. 17, 745, MschutzuWettbew. 16, 200. Bekl. stellte Zigarettenschachteln in gleicher Weise wie Kl. mit dem Aufdruck „Sportzigaretten" her. Verurteilung zur Unterlassung. Der Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten ist hierbei der gleiche wie im § 826 BGB., umfaßt also alle Handlungen, die gegen das Anstandsgefühl verstoßen. In subjektiver Hinsicht ist zur Anwendung des § 1 UnlWG. weder der Vorsatz der Schädigung noch das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit der eigenen Handlungsweise erforderlich (Rosenthal, Note 9ff., 96a zu § 1). — Vgl. München 31. 1. 17, MschutzuWettbew. 16, 161 s. u. Ziff. III 2.

5. **RG.** 31. 3. 16, MschutzuWettbew. 16, 157. Die Ankündigung eines Fabrikanten, daß er das Erzeugnis eines anderen Fabrikanten in sehr genauer Nachahmung herstelle, verstößt gegen die guten Sitten. Der Hinweis erfolgte, um den eigenen Wettbew. zu fördern und denjenigen der Kl. zu schädigen. Daß die Bekl. ihre eigenen Abnehmer über die Herkunft der Ware täuschte, oder daß sie sonst noch in irgendeiner Weise darauf hinwirkte, daß diese Abnehmer die durch die Eigenschaft der Ware gegebene Täuschungsmöglichkeit auch tatsächlich ausnutzen, ist nicht erforderlich.

6. **RG.** 27. 2. 17, R. 17 Nr. 1177, MschutzuWettbew. 16, 277. Es verstößt gegen § 1, wenn ein Gewerbetreibender Angestellte und Arbeiter eines anderen heimlich zu gewinnen sucht, um mittels dieser Personen ein Betriebsgeheimnis des anderen in seinem Unternehmen auszunutzen.

II. Abspenstigmachen von Kunden (s. JDR. 15 Ziff. II).

Abspenstigmachen von Versicherten s. § 826 Ziff. 15 d und Hecht, ZVersWiss. 17, 647.

III. Mißbrauch des Zeichenrechts und UnlW. (JDR. 15 Ziff. III).

1. Rosenthal, Unterlassung der Führung eines in sittenwidriger Weise erlangten, aber gutgläubig erworbenen Warenzeichens, o. § 826 Ziff. 9b.

2. München 31. 1. 17, MschutzuWettbew. 16, 161. Verstoß gegen § 1, wenn eine

Deutsche Zigarettenfabrik durch ihre Zigaretten (Verpackung; Farbe gelb und schwarz) den Eindruck hervorruft, es sei österr. Fabrikat. Kein Ausschluß der Verwechselungsgefahr durch den Aufdruck „Deutsches Fabrikat". Die Eintragung eines Warenzeichens steht der Klage gegen die Firma nicht entgegen.

IV. Verhältnis zu § 826 s. o. § 826 Ziff. 11.

KG. 3. 1. 17, GewRschutz 17, 192, MschutzuWettbew. 16, 198. Kann einerseits § 826 nicht dazu dienen, in den Fällen gewerbl. Rechtsschutz zu verschaffen, wo er nach den zunächst eingreifenden Sondergesetzen mangels Erfüllung ihrer gesetzl. Tatbestände versagt ist, so kann andererseits doch auch in solchen Fällen nicht eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise von der Rechtsordnung geduldet werden (**RG.** 28. 11. 10, WarnE. 11, 87). In der bloßen Nachahmung eines gemeinfreien, gewerbl. Erzeugnisses kann — ohne Hinzutreten besonderer Umstände — in der Regel ein Verstoß gegen die guten Sitten noch nicht gefunden werden. Der von den Sondergesetzen versagte Rechtsschutz kann nicht ohne weiteres auf dem Umwege einer Heranziehung des § 826 hergestellt werden. Anders ist zu urteilen, wenn jemand dadurch einen Vorsprung oder Vorteil im Wettbew. zu erlangen sucht, daß er eine fertige Arbeitsleistung eines anderen ausbeutet, die das Ergebnis erheblicher Mühe und Kosten ist (**RG.** 73, 297) oder dadurch, daß er sich ein WettbewMittel betrügerisch erschleicht oder dadurch, daß er durch Nachahmung eines gewerbl. Erzeugnisses oder einer Warenbezeichnung, sei es auch nur einer noch nicht zur allgemeinen Geltung gelangten Ausstattung, das Publikum zu täuschen sucht (**RG.** 77, 433, GewRschutz 16, 184).

V. Preisschleudern mit Markenartikeln.

Kiel 30. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 114. Preisschleudern mit Markenartikeln. Preisfestsetzungen eines Verbandes binden an sich Dritte, die mit dem Verbande nicht in schuldrechtl. Beziehungen stehen, nicht. Eine Nichtbeachtung der Preisabreden durch Dritte enthielt an sich noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Die Preisunterbietung wird unlauter, wenn der Unterbietende bewußt und planmäßig den Vertragsbruch eines anderen ausnutzt, um sich die Ware zu verschaffen und sie zum Nachteil der vertragstreuen Berufsgenossen, die an den Preis gebunden sind, billiger zu verkaufen (**RG.** JW. 16, 413). — Verschaffung der Ware bei einem Reverssystem eines Verbandes.

VI. Einzelne Fälle.

1. Kiel 8. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 161, ZIndR. 17, 105. Verstoß gegen die guten Sitten, wenn jemand, dem bekannt ist, daß die Kl. den Verkauf ihrer Ware unter dem Mindestpreise durch ein Reverssystem geschützt hatte, Waren unter dem Mindestpreis kauft und sich verschafft.

2. **RG.** 20. 2. 17, MschutzuWettbew. 16, 245. Wenn Bekl. bestrebt gewesen ist, ihre Ware von derjenigen der Kl. unterschiedlich zu machen und eine Nachahmung und Täuschung bei dem Publikum auszuschließen, so liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vor.

3. München 26. 2. 17, LeipzZ. 17, 824, MschutzuWettbew. 16, 283, OLG. 35, 275 Anm. Das Wort Sporthaus ist eine Sachbezeichnung, die im Geschäftsleben zur Kennzeichnung eines mit Sportartikeln handelnden Geschäfts allgemein üblich ist, wie die Bezeichnungen Leinenhaus, Seidenhaus, Schuhhaus u. dgl. allgemein gebräuchlich sind für Geschäfte, deren Besonderheit im Verkaufe der btr. Warengattungen besteht.

4. Hamburg 22. 5. 17, GewRschutz 17, 127. Klage einer Wach- und Schließges. auf Unterlassung des Schlüsselzeichens (s. u. § 16 Ziff. III).

§ 3.

I. Unrichtige Angaben.

1. Auffassung des Publikums. a) **RG.** 30. 3. 17, GewRschutz 17, 125, R. 17 Nr. 1214. Für die Frage, ob eine Angabe unwahr ist, kommt es nur darauf an, wie das Publikum solche Angaben auffaßt, und daß der Täter dies weiß (**RG.** (Strafs.) 40, 439). Daß ein Angebot als ein besonders günstiges erscheint, erfordert lediglich, daß das Angebot

sich gegenüber den Angeboten der Allgemeinheit als günstiger darstellt. Es kommt auch nicht darauf an, ob das Angebot wirklich günstiger als das der Mitbewerber ist oder nicht (**RG.** (Strafs.) 35, 263; 39 171; 47, 280).

b) **RG.** 14. 11. 16, R. 17 Nr. 325. Maßgebend dafür, wie eine Bezeichnung zu verstehen ist, kann nur die Durchschnittsauffassung des Personenkreises sein, für den die Bezeichnung bestimmt ist. Unter „Kunstvereinigung" wird danach das Unternehmen eines einzelnen nicht verstanden, der zu Erwerbszwecken eine Mehrzahl von Personen vereinigen will, um für sie Bilder von Künstlern aus gemeinschaftlich aufgebrachten Mitteln zu erwerben.

2. KG. 2. 6. 16, OLG. 34, 156. Unrichtigkeit von Ankündigungen, daß mit „35% Ersparnis" im Geschäft gekauft werde. Diese Anpreisung kann das Publikum nur dahin verstehen, daß alle vom Bekl. in seinem Geschäft feilgehaltenen Waren mit dieser Preisermäßigung käuflich sind. Unrichtigkeit dieser Ankündigung, sowie der Änderung der Ankündigung „bis zu 35%."

3. **RG.** 12. 1. 17, JW. 17, 293, MschutzuWettbew. 16, 195. Die Ankündigung „Stiefel-System Dr. R." bedeutet nach dem allgemeinen sprachl. Verständnis Stiefel, die nach dem System eines Dr. R. und also in einer Weise hergestellt sind, die von einem prakt. Arzt herrührt, von einem solchen nach wissenschaftl. Grundsätzen erdacht oder doch ausgebaut ist, irgend etwas besonderes in sich schließt. Wenn die Stiefel „Stiefel-System Dr. R." sein sollen, muß es vor allen Dingen auch ein System Dr. R. geben. Davon ist keine Rede. Unrichtig ist die Angabe schon dann, wenn die Stiefel in wesentl. Punkten nicht nach dem System und der Vorschrift des Dr. R. hergestellt sind.

4. München 26. 2. 17, LeipzZ. 17, 890. Unter „Zivilingenieur" wird ein Mann verstanden, der im Gebiete der techn. Wissenschaften seine Ausbildung auf einer Fachschule erhalten hat, während im Gegensatz hierzu als „Diplom-Ingenieur" gilt und geachtet wird, wer auf einer techn. Hochschule eine Diplomprüfung bestanden hat. Ein Fahrradgeschäftsinhaber, der die Prüfung als Lehrer für Kraftfahrkurse und die Lehrerlaubnis erhalten hat, darf sich nicht „Zivilingenieur" nennen, selbst wenn er einzelne techn. Erfindungen gemacht hat.

5. Herkunftsbezeichnungen. **RG.** 28. 9. 15, WarnE. 17, 89. Bezeichnungen von Waren, die von dem Namen eines Orts oder einer Gegend abgeleitet sind, sind so lange als Bezeichnung ihrer Herkunft anzusehen, als nicht zweifelsfrei ihre Bestimmung lediglich als Beschaffenheitsangabe feststeht. Ankündigung von Wurstwaren als braunschweigische.

6. Zigarrenhandel. KG. 2. 6. 16, OLG. 34, 156. Unter „Importen" werden gemeinhin im Handelsverkehr vom Publikum Havannazigarren verstanden.

7. Wollwaren. a) KG. 8. 6. 17, OLG. 35, 272. Die Ankündigung wollener Waren für solche, die nicht aus reiner Wolle, sondern zu 1/3 aus Baumwolle bestehen, ist unzulässig.

b) KG. 14. 7. 16, OLG. 34, 156 und **RG.** 26. 1. 17, MschutzuWettbew. 16, 244, R. 17 Nr. 726. Ankündigung von Wollmoiréeröcken, die nicht aus reiner Wolle, sondern aus Baumwolle gefertigt sind. Unrichtigkeit der Ankündigung, auch wenn im Handelsverkehr derartige Waren mißbräuchlich als aus Wolle hergestellt bezeichnet werden. Derartigen Mißbräuchen will das Gesetz gerade entgegentreten (**RG.** Strafs. 48, 41).

8. LG. Magdeburg (ohne Datum), NaumburgAK. 17, 46. Die Ankündigung von Uhren mit der Bezeichnung „Armeeuhren" enthält nicht die Angabe, daß die Uhren von der Armeeleitung geprüft und für den Armeezweck besonders geeignet befunden worden sind. Die Ankündigung verstößt nicht gegen das UnlWG.

9. Nahrungsmittel. a) Hamburg 10. 2. 17, JW. 17, 869, LeipzZ. 17, 1149, OLG. 35, 273, MschutzuWettbew. 16, 255. In den Kreisen des verbrauchenden Publikums wird allgemein unter „Rheinlachs" nur ein Lachs verstanden, der aus dem Rhein kommt. Es ist daher eine unwahre Bezeichnung, wenn ein aus anderen Flüssen herrührender Fisch Rheinlachs genannt wird.

b) **RG.** 2. 2. 17, MschutzuWettbew. 16, 137. Kein Verstoß gegen § 3, wenn eine Brauerei das von ihr gebraute und vertriebene, mit „Sternpils" bezeichnete Bier nicht in Pilsen, sondern an einem anderen Ort hergestellt hat. Keine Irrtumserzeugung, da durch Plakate den Gästen deutlich gemacht war, daß es sich um ein nicht in Pilsen gebrautes Bier handele.

10. KG. 18. 5. 17, MschutzuWettbew. 16, 257, OLG. 35, 271. Der Gebrauch französischer Aufschriften auf den Umhüllungen deutscher Erzeugnisse verstößt gegen § 3.

11. Bezeichnung als Fabrik. a) KG. 10. 3. 16, OLG. 24, 153. Unrichtigkeit der Bezeichnung eines Geschäfts als Branntweinfabrik, wenn es sich um ein kleines Geschäft handelt, das nur einen Arbeiter beschäftigt.

b) Königsberg 8. 5. 17, MschutzuWettbew. 16, 255. Unrichtige Bezeichnung eines Möbelgeschäfts als Möbelfabrik.

12. Zeitungsgewerbe — Füllinserate. KG. 11. 7. 16, OLG. 34, 155. Aufnahme nicht bestellter Geschäftsanzeigen in zwei kleinen Zeitungen, die im Verlage des Bekl. erscheinen. Klagabweisung.

13. **RG.** (Straff.) 2. 5. 16, GewRschutz 17, 39. „Schmerzloses Zahnziehen". Maßgebend für den Sinn der Ankündigung ist die Auffassung des großen Publikums, nicht des Gerichts.

14. Einzelnes. a) **RG.** 26. 1. 17, GewRschutz 17, 126, MschutzuWettbew. 16, 251. Unrichtige Angabe in der Firmenführung durch Führung des Wortes „Patent", obwohl ein Patent nicht erteilt war.

b) **RG.** (Straff.) 9. 3. 15, MschutzuWettbew. 16, 198. Der Besitz eines Warenzeichens berechtigt nicht, die Ware als „patentamtlich geschützt" zu bezeichnen.

c) Dresden 21. 10. 14, OLG. 34, 153 über die Behauptung, daß eine Firma trustfrei sei.

d) Zweibrücken 6. 7. 14, OLG. 34, 155. Kl., Hersteller einer hervorragend guten Ware, will festgestellt haben, daß seine Ware mindestens ebensogut oder besser sei, als die der Bekl. Die dies betreffende Angabe der Bekl. ist aber lediglich ein Werturteil, nicht eine unrichtige Angabe i. S. des § 3. — Klagabweisung.

II. Unterlassungsklage.

1. Hamburg 9. 11. 16, JW. 17, 305, LeipzZ. 17, 220. Die Besorgnis der Wiederholung der Rechtsverletzung ist zwar als Erfordernis nicht besonders hervorgehoben, versteht sich aber von selbst, um das Rechtsschutzbedürfnis und damit den Unterlassungsanspruch für die Zukunft zu begründen. Mit Recht nimmt die Rechtspr. diese Besorgnis als schon durch die Tatsache der begangenen Rechtsverletzung ohne weiteres gegeben an (Rosenthal, WettbewG. [4] 64, **RG.** 84, 147, Hamburg, JW. 16, 289).

2. Cahn. Auch im Falle eines festgestellten Wettbewerbseingriffs kann die ernstliche Besorgnis der Wiederholung viel weiter gehen, als die Gerichte annehmen.

§ 4.

Vgl. zu § 3.

§ 5.

Vgl. zu § 3 Ziff. I 5, 9b, 10.

§ 12.

1. Zur BRVO. v. 3. 5. 17 (RGBl. 393) vgl. Finger, Hilfsdienst und UnlWettbew., MschutzuWettbew. 17, 51.

2. Zu der BRVO. v. 3. 5. 17 vgl. Rosenthal, GewRschutz 17, 189.

§ 13.

1. Rosenthal, ZIndR. 17, 147. Klagt ein Verband, insbes. ein solcher gemäß § 13 Abs. 1 UnlWG. auf Unterlassung, dann muß nach eingetretener Liquidation der Klageanspruch für erledigt erklärt werden. Das gleiche gilt, wenn ein auf Unterlassung verklagter Verband nach Klageerhebung in Liquidation tritt. Für die Kostenentscheidung ist

alsdann zu prüfen, ob die Klage ursprünglich begründet war (**RG.** JW. 00, 586; 11, 591, **RG.** 57, 385; 58, 417, Hamburg LeipzZ. 17, 221, Kiel ZJndR. 17, 78). Mitteilung von zwei auf entgegengesetztem Standpunkt stehenden Urt. d. OLG. Frankfurt und d. LG. Bremen.

2. Kiel 30. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 114. Tritt der klagende Verband in Liquidation, so kann er den geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus §§ 1, 13 UnlWG. nicht mehr verfolgen.

3. **RG.** 23. 3. 17, MschutzuWettbew. 16, 238, R. 17 Nr. 1344. Bei der Verurteilung zur Unterlassung ist das zu untersagen, was tatsächlich geschehen ist und den Gegenstand der Klage bildet.

§ 14.

1. Elster über Angabenwahrheit s. § 1 Ziff. 3.

2. **RG.** 21. 9. 17, R. 17 Nr. 1903. Die Zusammenstellung von gutachtl. Äußerungen über ein Heilmittel in einer für Ärzte und Apotheker bestimmten Reklameschrift stellt sich als die Verbreitung von Werturteilen, nicht als die Behauptung von Tatsachen dar.

3. **RG.** 17. 10. 16; 88, 437, HoldheimsMSchr. 17, 48, JW. 17, 36[illegible], LeipzZ. 17, 193, MschutzuWetbew. 16, 139, ZJndR. 12, 106. Bekl. macht in Rundschreiben und Briefen der Kundschaft gegenüber den Bestand ihrer Patente geltend und legt der Kl. deren Verletzung zur Last. Ein solcher Vorwurf ist nicht die Behauptung einer Tatsache i. S. des § 14 Unl WG. oder des § 824 BGB. (JW. 99, 749). Dort ist ausgesprochen, daß, wenn jemand einem anderen Verletzung seines Patentrechtes vorwirft, ohne tatsächliche Angaben hinzuzufügen, darin — bei Abwesenheit besonderer, die Sachlage ändernder Umstände — die Behauptung einer Tatsache nicht zu finden ist.

4. Colmar 4. 5. 17, MschutzuWettbew. 16, 255. UnlWettbew. durch Herabsetzung fremder Waren. — § 14 Abs. 2 steht dem Bekl. nur dann zu, wenn es sich um vertrauliche, also nur für einzelne Personen bestimmte Mitteilungen handelt, nicht aber bei Zeitungsanzeigen.

5. **RG.** 18. 9. 17, R. 17 Nr. 1902. Kl., der selbst unwahre Behauptungen aufgestellt hatte, kann sich gegenüber einer Aufklärungsanzeige des Bekl. nicht mit seiner eigenen Irreführung entschuldigen. Der Bekl. hat ein berechtigtes Interesse an der Abwendung der ihm drohenden Nachteile, die sich aus der Veröffentlichung des Kl. ergaben, und an der Aufklärung des Publikums.

6. Hamburg 25. 10. 16, OLG. 34, 157. Behauptung, die Kl. sei englisch. Hierdurch wird über das Erwerbsgeschäft der Kl. eine Tatsache behauptet, die während des Krieges geeignet ist, den Betrieb des kl. Geschäfts zu schädigen. Vgl. Hamburg 5. 1. 17, OLG. 34, 164. Haftung einer unter Aufsicht stehenden Firma als einer englischen. Berechtigung der Klage auch aus § 1.

7. **RG.** 28. 3. 16, MschutzuWettbew. 16, 137. Keine Schädigung des Geschäftsbetriebes der Kl. durch Behauptung der Bekl., wenn Kl. die Anlage, gegen deren Herstellung sich die Bekl. gewandt hat, nicht herstellen und vertreiben durfte.

§ 16.

I. Allgemeines. KG. 7. 11. 16, OLG. 34, 159. Die Verwechslungsgefahr ist vom Standpunkt der Geschäftskreise zu beurteilen, die für den fragl. Verkehr in Betracht kommen. Vorliegend nicht das kaufende Publikum, sondern die Verkäufer von Waren.

II. Firma. 1. **RG.** 2. 1. 17, MschutzuWettbew. 16, 190, WarnE. 17, 112. Wenn ein Gewerbetreibender in seinem Geschäfte unter einheitlicher Firma Waren verschiedner Art führt, in Ansehung deren der Gebrauch der Firma teilweise erlaubt, teilweise verboten ist, so hat dies nicht die Rechtsfolge, daß er für seinen gesamten Geschäftsbetrieb unterschiedslos die Firma führen darf, sondern vielmehr die Folge, daß er die Führung der Firma überhaupt so lange unterlassen muß, als er Waren vertreibt, bezüglich deren der Gebrauch der Firma unstatthaft ist. — Verwechslungsgefahr zweier Firmen. Löschung der miß-

bräuchlich verwandten Firma, wenn jedweder Gebrauch der Firma einen störenden Einfluß auf den Geschäftsbetrieb des Kl. ausübt.

2. **RG.** 6. 3. 17, MschutzuWettbew. 16, 282. Verwechslungsgefahr durch Benutzung einer Firma.

III. Geschäftsabzeichen (s. o. § 1 Ziff. VI 4). Hamburg 20. 4. 16, HansGZ. 17 Hbl. 33, JW. 17, 742, OLG. 34, 160. Eine Verwechslungsgefahr des Geschäftsabzeichens einer Wach- und Schließgesellschaft, Abbildung zweier sich kreuzender Schlüssel, wird durch verschiedene Formen und Farben in Verbindung mit einem anderen Text nicht ausgeschlossen. Von dem Durchschnittspublikum wird dem Gegenstand einer solchen Abbildung mehr Beachtung geschenkt, wie dem Text oder der Form und Farbe der Umrahmung.

IV. Druckschrift. 1. KG. 22. 6. 17, OLG. 35, 276. Bezeichnung einer Zeitschrift als „Zentralblatt". Tritt das Wort „Zentralblatt" in Verbdg. mit Bezeichnungen einzelner Zweige der medizin. Wissenschaft in der Art auf, daß die hierdurch hergestellten Wortbilder der vom Kl. gebrauchten Bezeichnungen in hohem Grade ähnlich erscheinen, so verstößt eine derartige Bezeichnung gegen § 16.

2. **RG.** 27. 4. 17; 90, 183, GewRschutz 17, 194, JW. 17, 718. Kl. verlegt in L. eine Zeitschrift „Illustrierte Zeitung". Bekl. gibt eine Zeitung „Neue L. Illustrierte Zeitung" heraus. Abweisung der Klage auf Unterlassung der Ankündigung und Herausgabe dieser Zeitung unter dem Titel. Seit dem Erscheinen der weitverbreiteten „Berliner Illustrierten Zeitung", die vielfach „Illustrierte Zeitung" oder „Illustrierte" schlechthin genannt worden ist, ist der Ausdruck „Illustrierte Zeitung" ganz allgemein als Gattungsbezeichnung angesehen und gebraucht worden; er hat die Kraft verloren, das Blatt der Kl. unterscheidend zu kennzeichnen. — Urteil des BG. (Dresden) v. 18. 10. 16, MschutzuWettbew. 16, 158, SächsOLG. 38, 246.

3. KG. 16. 3. 17, OLG. 35, 272. Als besonderer Titel einer Druckschrift ist nur ein solcher anzusehen, der eine derartige Individualisierungskraft hat, daß er geeignet ist, sich von anderen Druckschriften zu unterscheiden. Das ist bei dem Titel „Drogistenzeitung" nicht der Fall.

4. Dresden 2. 6. 15, OLG. 34, 161. Verwechselungsgefahr durch Benutzung des Titels eines gut eingeführten Buches.

5. Dresden 5. 1. 16, OLG. 34, 162. Ein mit dem Bilde des Kaisers in schwarzweißroter Umrahmung versehener Kriegskalender ist keine unter § 16 fallende Bezeichnung einer Druckschrift.

6. **RG.** 8. 6. 16, MschutzuWettbew. 16, 239 s. bereits JDR. 15 Ziff. III B 4.

§ 21.

1. Finger, MschutzuWettbew. 17, 10. Über Verjährung bei der fortgesetzten Handlung im UnlWG. (über BGB. o. §§ 823 ff. Ziff. 1b). In Rechtslehre und Rechtspr. besteht Übereinstimmung dahin, daß im Gebiete des UnlWG. auch zivilrechtl. die Möglichkeit einer fortgesetzten Handlung allgemein anerkannt wird. Streitig sind die Fragen, ob Einheitlichkeit des Entschlusses oder der äußeren Handlung maßgebend ist, ob die Verjährung mit der ersten oder der letzten Betätigung beginnt, ob sich der Anspruch mit jeder weiteren Betätigung erneuert oder ein einheitlicher ist, ob durch Zeitablauf ein Recht des Zuwiderhandelnden auf Vornahme der Handlung entsteht, ob ein Unterschied zwischen der Unterlassungsklage und der Klage auf Schadensersatz besteht. Die Handlung kann sich darstellen als Einzelbetätigung, mehrere selbständige Einzelhandlungen, Dauerhandlung (nur eine Handlung, bei der nur ihr Ende für den Beginn der Verjährung maßgebend sein kann), fortgesetzte Handlung (tatsächliche Einheit der Handlung). Die ganze Handlung steht bei der fortges. H. unter dem einheitlich gefaßten Entschluß. Die Verjährung der Unterl.- oder der Schadensersatzansprüche richtet sich nach dem Abschlusse der fortges. Handlung.

2. Hamburg 28. 11. 16, JW. 17, 174, MschutzuWettbew. 16, 160. Keine Verjährung nach § 21, wenn zwischen der Terminsansetzung und deren Zustellung an die Parteien ein

Zeitraum von mehr als 6 Monaten liegt. Hierin liegt nicht ein „Nichtbetreiben" i. S. des § 211 BGB.

§ 24.

1. Hamburg 26. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 203, LeipzZ. 17, 1195, ZIndR. 12, 106 (s. o. § 826 Ziff. 11). Aus § 24 ist nicht zu folgern, daß bei Klagen, die auf Grund des § 826 BGB. erhoben werden, die Gesichtspunkte des unl. Wettbew. bei der Beurteilung des Sachverhalts völlig auszuscheiden hätten. Wenn ein Tatbestand die Erfordernisse des § 826 BGB. und des § 1 UnlWG. erfüllt, dann hat Kl. die Wahl der Klage, die er erheben will. Daraus ergibt sich aber weiter, daß dem aus § 826 Klagenden nicht verwehrt werden kann, sofern nur die Tatbestandsmerkmale des § 826 vorhanden sind, auch die Gesichtspunkte des unl. Wettbew. zur Schätzung seines Anspruchs heranzuziehen.

2. Hamburg 5. 10. 16, HansGZ. 17 Bbl. 35, LeipzZ. 17, 219. Der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 ist nicht gegeben, wenn die Klage auf § 826 BGB. gestützt wird.

3. Hamburg 14. 4. 15, GewRschutz 17, 38 s. bereits JDR. 14 Ziff. I 5.

§ 28.

KG. 2. 3. 17, OLG. 35, 274. Die Klage einer österr. Stadtgemeinde wegen unl. Wettbew., der in Deutschland vorgenommen ist, ist zulässig. Zwar steht ihr § 28 nicht zur Seite, da sie in Deutschland keine Hauptniederlassung besitzt, wohl aber ist sie durch die Pariser Übereinkunft vom 30. 3. 1883 und Nachtrag v. 14. 9. 1900 und 2. 6. 11 geschützt.

Börsengesetz.

I. Allgemeine Bestimmungen über die Börsen und deren Organe.

§ 7.

PrOVerwG. 15. 3. 17, PrVerwBl. 38, 113. Die Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegen den die Erlaubnis zum Besuche der Börse versagenden Beschluß der Handelskammer findet nur dann statt, wenn nach der Börsenordnung gegen dergleichen Beschlüsse der Rekurs an eine Behörde zulässig ist.

II. Feststellung des Börsenpreises und Mäklerwesen.

§ 29.

RG. 11. 10. 17, DIZ. 17, 968 über die Berechnung des Börsenkurses während des Krieges.

IV. Börsenterminhandel.

§§ 50ff.

1. Börsentermingeschäft. a) **RG.** 9. 4. 17, LeipzZ. 17, 976. Das Börstermgesch. ist in seiner gewöhnl. Form ein Fixgeschäft i. S. des § 376 HGB., denn es ist gerichtet auf eine Leistung, die genau zu einer festbestimmten Zeit erfolgen soll. § 48 BörsG. v. 22. 6. 96 hatte in seiner Begriffsbestimmung des Börstermgesch. dessen Eigenschaft als eines Fixgeschäftes ausdrücklich ausgesprochen. Das G. v. 30. 5. 08 hat zwar von einer Begriffsbestimmung des Börstermgesch. abgesehen; es kann zweifelhaft sein, ob jene Eigenschaft als eine unerläßliche Voraussetzung anzusehen ist. Daß aber dieses Geschäft regelmäßig Fixgeschäft ist, wird in der Rechtslehre nicht bezweifelt und kann nicht bezweifelt werden.

b) Hamburg 12. 12. 16, HansGZ. 17 Hbl. 136. Im Gegensatz zu § 48 BörsG. v. 22. 6. 96 hat das neue BörsG. eine Begriffsumschreibung des Börstermgesch. nicht gegeben. Nach feststehender Rechtspr. (Staub, Exk. § 376 Anm. 5) sind darunter Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über Waren und Wertpapiere zu verstehen, die nach typischen Bedingungen auch zeitlich typisch zu festen Terminen und zu Preisen geschlossen sind, die sich an der Börse gebildet haben, auch wenn eine Preisnotierung nicht stattgefunden

hat. — Unerheblich ist, ob die in den Schlußnoten erwähnten Geschäftsbedingungen, zu denen abgeschlossen werden solle, dem anderen Teile bekannt waren. Ebensowenig kommt es darauf an, ob Bekl. vertragsgemäß das Recht hatte, Lieferung zu verlangen und ob bei den Besprechungen vor dem Abschluß der Bekl. von der Kl. erklärt worden ist, es handle sich nur um eine neue Form des Lieferungsgeschäfts.

2. **RG.** 9. 4. 17, LeipzZ. 17, 976. Aus der bei Beginn der Geschäftsverbindung von der Kl. gemachten Zusicherung, keinen Einschuß fordern zu wollen, läßt sich nicht herleiten, daß die Kl. zu dauernder Prolongation der eingegangenen Geschäfte verpflichtet wäre und zwar auch dann nicht, wenn diese Zusicherung dahin gelautet hatte, daß die Kl. auf jeden Einschuß verzichte.

3. Hamburg 10. 10. 16, OLG. 34, 72. Wer einen anderen zur Entgegennahme von Aktien bei Abschluß eines Börsgesch. benennt, haftet, wenn der andere ein auftragswidrig verspätet ausgeführtes Geschäft genehmigt.

4. **RG.** 1. 5. 17, BankA. 16, 344 über Börsenspiel s. § 762.

§ 53.

1. Hamburg 13. 7. 15, OLG. 34, 72. Berufsmäßiger Betrieb. Die Berufsmäßigkeit steht im Gegensatz zur Gewohnheit. Der Bekl. hat gewohnheitsgemäß Börstermgesch. abgeschlossen, wie dies mancher Rentner tut. Sprachgebräuchlich und börsentechnisch hat die berufsmäßige „Spekulation" eine feststehende Bedeutung. Sie steht im Gegensatz zum Börsenverkehr des Privatpublikums. Der Bekl. hat nicht gezeigt, daß er weiteres getan hat, als an der Börse sein Glück zu versuchen. Vgl. Hamburg 23. 3. 16, OLG. 34, 359.

2. **RG.** 7. 11. 16,; 89 90, HansGZ. 17 Hbl. 84, HoldheimsMschr. 17, 67, JW. 17, 43, LeipzZ. 17, 192. Der Geschäftsführer einer GmbH., der nach außen namens der Ges. Börstermgesch. abschließt, betreibt berufsmäßig Börstermgesch.

3. Düsseldorf 16. 2. 17, LeipzZ. 17, 1007. Eine Haftung des Vertreters kann nur dann in Frage kommen, wenn das Rechtsgeschäft für ihn, falls er nicht als Vertreter, sondern im eigenen Namen abgeschlossen hätte, verbindlich gewesen wäre.

§ 55.

Hamburg 16. 3. 15, OLG. 34, 72, Anm. 1. Nach § 55 BörsG. können grundsätzlich alle Leistungen, auch die vor der Abwicklung gemachten, nicht zurückgefordert werden, sofern sie auf Grund einer bereits entstandenen Verpflichtung erfolgten und nicht etwa eine Sicherheit für künftige Geschäfte darstellen; war daher am Tage der Zahlung bereits ein gleich hoher Verlust erwachsen und konnten die Parteien damit rechnen, daß er endgültig aus dem Geschäft erwachsen werde, so kann er nicht zurückgefordert werden.

§ 56.

Dresden 19. 6. 14, OLG. 34, 72 Anm. 1. Die auf Einverständnis der Parteien beruhende Aufrechnung des Anspruchs auf Rückzahlung einer unwirksamen Sicherheitsleistung mit einer Schuld aus einem unverbindlichen, aber erlaubten Börstermgesch. ist zulässig und wirksam.

§ 57.

1. **RG.** 2. 1. 17, BayRpflZ. 17, 119, WarnE. 17, 134. Die Wirksamkeit der Börs.-termgesch. ist nach altem wie nach neuem Börsenrechte von Amts wegen zu prüfen (**RG.** 44, 52; 49, 61). — Die Anerkennung eines Saldos genügt für sich allein nicht, ein Einverständnis i. S. des § 57 darzutun. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind streng aufzufassen, wenn ihr Zweck erreicht werden soll. Kann daher auch eine stillschweigende Willenserklärung genügen (**RG.** 76, 81), so muß doch das Verhalten des Vertragsgegners erkennen lassen, daß er mit der einzelnen Leistung so, wie sie tatsächlich erfolgte, einverstanden war. Das Einverständnis muß sich aus den das einzelne Geschäft betreffenden tatsächlichen Vorgängen ergeben (**RG.** 87, 221).

2. **RG.** 18. 5. 17; 90, 250, R. 17 Nr. 1716 u. 1717. Die Einverständniserklärung

des § 57 erfordert, daß der Erklärende eine Leistung des anderen Teils, eine ihm bewirkte sachliche Erfüllung als eine solche billigen wollte und gebilligt hat. Aus der Rechnungslegung über die von der Bank vorgenommenen Rückkäufe ergibt sich aber weder, daß die Bank sie als ihre endgültige Leistung aus den Rückkäufen dem Anderen bewirken will, noch daß der andere Teil sie als eine solche Leistung annimmt und billigt. Die Heilung gemäß § 57 BörsG. betrifft nur die dem Geschäft nach dem BörsG. anhaftenden Mängel und schließt nur den Einwand aus §§ 762, 764 BGB. aus; sie läßt aber etwaige Einwände aus §§ 138, 826 BGB. unberührt.

3. **RG.** 15. 6. 17, WarnE. 17, 322. Weiterverkauf nicht gelieferter Papiere und Prolongationen eines großen Teils der Geschäfte sind keine Leistungsbewirkung i. S. des § 57. — Schadensersatzpflicht des Kunden wegen Vorspiegelung der Börsenterminsgeschäftsfähigkeit vorl. ausgeschlossen.

4. **RG.** 28. 11. 16, WarnE. 17, 142. Unverbindlichkeit von Börstermgesch. Nach Lage des Falles trotz fehlenden Widerspruchs des Kunden auf die Ausführungsanzeigen über Käufe (in Shares) auch stillschweigende Einverständniserklärung nicht angenommen.

§ 58.

RG. 30. 1. 17; 89, 358, JW. 17, 475, LeipzZ. 17, 594. Eine unmittelbare Anwendung des § 58 auf die an Auslandsbörsen geschlossenen Geschäfte kann nicht stattfinden, da für diese Börsen die in § 50 gegebenen Vorschriften über die Zulassung ihrem Inhalte nach keine Geltung haben. Wie RG. bereits 76, 371 und 79, 371 ausgesprochen hat, kann auch eine entsprechende Anwendung des § 58 auf Auslandsgeschäfte nicht für zulässig erachtet werden, auch nicht für den Fall, daß an Auslandsbörsen gleiche oder ähnliche Schutzbestimmungen für die Voraussetzung der Zulassung gelten.

VI. Straf- und Schlußbestimmungen.

§ 94.

RG. 29. 9. 16, BayRpflZ. 17, 20. Schadensersatzpflicht wegen Verleitung zum Börsenspiel, auch beim Fehlen der Voraussetzungen des § 94 s. o. § 826 Ziff. 15m.

Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Schrifttum: Heilbrunn, HoldheimsMSchr. 17, 84 erörtert die Frage der Reformbedürftigkeit der GmbH.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 2.

Dresden 12. 2. 16, BauersZ. 24, 30, KGJ. 49, 272. Der Vertrag auf Errichtung einer GmbH. kann von einem Einzelkaufmann auch unter seiner Firma geschlossen werden; jedoch muß sich seine Person, sein bürgerlicher Name aus der Gesellschafterliste ergeben.

§ 3.

1. Belastung der GmbH. mit den notwendigen Gründungskosten. BauersZ. 24, 99. Eine GmbH. kann ohne Zahlung der notwendigen Stempel-, Notariats- und Gerichtskosten nicht ins Leben treten. Die Ausfertigung des gerichtl. oder notariellen Vertrags findet nicht vor Zahlung der Kosten statt; ohne die Ausfertigung ist aber eine Anmeldung zur Eintragung nicht möglich. Nach Annahme des GesVertrags vor Notar oder Richter besteht unter den Gründern eine Ges. bürgerl. Rechts, die mit der Eintragung in das Handelsregister zur GmbH. wird. Die Ges. bürgerl. Rechts ist in öffentl.-rechtl. Hinsicht stempel- und kostenpflichtig geworden und diese Kostenschuld geht auf die GmbH.

über. Die GmbH. darf also mit dieser Schuld auch dann belastet werden, wenn der Ges.-Vertrag ihre Kostenpflichtigkeit nicht ausdrücklich erwähnt.

2. BauersZ. 24, 138. Wenn mehrere Gesellschafter nach der Beurkundung des GesVertrags sich in einem privaten Schriftstück verpflichten, der Ges. die Beträge darlehensweise und nach Verhältnis ihrer Stammeinlagen zu gewähren, die zur Erreichung des GesZweckes notwendig sind, so ist eine solche Vereinbarung gültig. Sie braucht nicht im GesVertrag aufgenommen zu werden, da die Gesellschafter nicht in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, sondern als Dritte sich zur Leistung der Vorschüsse verpflichtet haben.

§ 4.

1. Stuttgart 16. 3. 17, BauersZ. 24, 179, DNotV. 17, 455, R. 17 Nr. 901, ZBlFG. 18, 33. Eine GmbH., die während der Verpachtung ihres Handelsgeschäftes mit Firma weiter besteht, bedarf nach wie vor selbst einer Firma. Geht das seither von der GmbH. betriebene Geschäft unter der seitherigen Firma auf den Pächter über, so muß gleichzeitig die GmbH. ihre Firma ändern, d. h. eine andere Firma annehmen. Das stellt eine Satzungsänderung dar, zu der der Geschäftsführer weder nach innen noch nach außen befugt ist. Trotz Weglassung der Worte: „GmbH." und Beifügung der Worte: „Inhaber W. N." bleibt die Firma selbst die gleiche. Der Geschäftsführer ist nicht berechtigt, die Führung dieser Firma durch den Pächter zu gestatten und der RegRichter darf die Anmeldung des Pächters nicht eintragen, solange die Firma für die GmbH. eingetragen ist.

2. BauersZ. 24, 30. Das Entstehen täuschender Firmen, wenn die GmbH. Gesellschafterin einer o. HG. oder KomG. wird. Vgl. § 19 HGB.

3. Firmenmißbrauch. KG. 19. 5. 16, DNotV. 17, 455, KGJ. 49, 104, ZBlFG. 18, 131. Wird der eingetr. Firma einer GmbH. auf Geschäftsbriefbogen und Plakaten, nicht auch bei der Unterschrift, ein Zusatz beigefügt, aus dem sich die in der Firma nicht enthaltenen Namen sämtl. Gesellschafter ergeben, so liegt darin nur dann ein unbefugter Firmengebrauch, wenn die Umstände des Falles erkennen lassen, daß die Geschäfte der Ges. unter der veränderten Bezeichnung geführt werden sollen, und wenn die Verwendung des Zusatzes nach dessen Inhalt und nach der Art seines Gebrauchs geeignet ist, die eingetr. Firma zu verschleiern.

§ 5.

1. Eigentumserwerb an Einlagen auf das Stammkapital. **RG.** 9. 10. 16, LeipzZ. 17, 141. Rechtsirrtümlich ist die Ansicht, die Maschinen, deren Eigentum bis zur Errichtung der GmbH. einem Mitgründer und späteren Mitgesellschafter zustand, seien, obwohl im GesVertrag nicht aufgeführt, alsbald bei der Errichtung der Ges. deshalb deren Eigentum geworden, weil sie nach dem Willen der Beteiligten als wesentliche Inventarstücke, als wichtige Bestandteile des bisher von dem Mitgründer allein betriebenen Geschäftes ohne weiteres in das Eigentum der Ges. hätten übergehen sollen und weil diese Absicht durch die spätere Verwendung im Geschäftsbetrieb betätigt worden sei. Zur Rechtswirksamkeit der Einbringung (als Einlage auf das Stammkapital) bedarf es nach § 5 Abs. 4 unbedingt der Regelung im GesVertrage; auch eine später bewirkte Einbringung der Sachen bedarf der Form des § 5 Abs. 4, da sie eine Erhöhung des Stammkapitals, also eine Änderung des GesVertrags darstellt.

2. **RG.** 12. 1. 17, BauersZ. 24, 174, HoldheimsMSchr. 17, 153, JW. 17, 468, ZBlFG. 18, 131. Die im GesVertrag festgesetzte Vergütung (Gegenleistung) für eine Sacheinlage) kann später durch formfreien Vertrag der Ges. mit dem Einbringenden geändert (ermäßigt) werden.

§ 6.

Eintragung eines z. Zt. eine Freiheitsstrafe verbüßenden Geschäftsführers. Naumburg 3. 11. 16, JDR. 15 § 6 auch BauersZ. 24, 85, DNotV. 17, 457, HansGZ. 17 Bbl. 300, RJA. 15, 140, R. 17 Nr. 1322, ZBlFG. 18, 79.

§ 7.

Begriff der Einzahlung. **RG.** 9. 1. 17, BauersZ. 24, 176, R. 17 Nr. 479, ZBlFG. 17, 535. Wenn auch eine wirkliche Barzahlung nicht erforderlich, so gehört doch zum Begriff der Einzahlung, daß über einen der Geldeinlage gleichen Betrag seitens der Ges. tatsächlich und rechtlich sofort verfügt werden kann. Als Einzahlung kann deshalb, auch stempelrechtlich, nicht genügen, daß die Gesellschafter, die gleichzeitig Inhaber einer off. HG. sind, in den Büchern der letzteren der GmbH. einen dem Stammkapital entsprechenden Betrag gutschreiben und entsprechende Beträge ihrem persönl. Konto abschreiben, und auch nicht, daß die Gesellschafter der GmbH. bei einer Bank einen Kredit eröffnen, sofern die GmbH. von diesem erst später soll Gebrauch machen dürfen. Durch die Umbuchung, sofern in ihr mehr als eine bloße buchmäßige Maßnahme zu erblicken ist, haben die Gesellschafter die von ihnen geschuldete Stammeinlage als Schuld auf die von ihnen gebildete o. HG. übernommen. Damit ist die Stammeinlage nicht eingezahlt, sondern die GmbH. erhielt dadurch höchstens in der o. HG. einen weiteren Schuldner.

§ 11.

1. Zeitliche Geltung des § 11 Abs. 2. Dresden 11. 4. 16, BauersZ. 24, 177, OLG. 34, 356, SächsOLG. 38, 109. Über die Auslegung des § 11 Abs. 2 herrscht Streit. Er wird vielfach auf das Gründungsstadium (zwischen dem Abschlusse des notariellen GesVertrags und der Eintragung der Ges.) beschränkt. Eine grundsätzl. Unterscheidung zwischen dem Gründungs- und dem Vorstadium erscheint indessen nicht berechtigt. Das Gründungsstadium bringt allerdings die größere Gefahr einer Verwirrung des Rechtsverkehrs mit sich, weil in diesem Stadium schon zahlreiche Verträge mit beabsichtigt sofortiger Wirksamkeit abgeschlossen werden, während vor Abschluß des GesVertrags sich nicht so leicht jemand bereit finden wird, die Gefahr auf sich zu nehmen, für die künftige Ges. ohne den ausdrücklichen Vorbehalt ihrer Entstehung rechtsgeschäftlich zu handeln. Geschieht es aber, dann ist nicht abzusehen, warum nicht Abs. 2 maßgebend sein soll.

2. Ausschluß der Haftung nach § 11. Dresden 11. 4. 16, BauersZ. 24, 177, OLG. 24, 386, SächsOLG. 38, 109. Man ist einig, daß die Haftung des § 11 Abs. 2 durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Diese Vereinbarung ist allerdings nicht schon darin zu finden, daß dem Vertragsgegner die Nichteintragung der Ges. bekannt war. In den meisten Fällen wird sich dagegen aus der Abrede oder den Umständen klar ergeben, daß die Wirksamkeit des Vertrags überhaupt von der Entstehung der Ges. abhängig sein soll. So hier, wo ein Zahlungsversprechen auf Grund einer Schuldübernahme in Frage steht. Daß eine Schuldübernahme, die im Namen einer erst in der Gründung begriffenen GmbH. erklärt wird, sofort wirksam sein soll, wird kaum vorkommen.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13.

1. BauersZ. 24, 30. GmbH. als Gesellschafterin einer off. HG. oder einer KomG.; Firma. Vgl. § 19 HGB.

2. **RG.** 2. 1. 17, R. 17, 122. Die Zulassung einer GmbH. zur Lieferung von Heeresbedarf aus dem Gesichtspunkt der Zuverlässigkeit bestimmt sich nicht ausschließlich nach der Person des Geschäftsführers. Die früher erfolgte Ablehnung der Zuziehung der GmbH. bleibt trotz Aufstellung eines anderen Geschäftsführers gerechtfertigt, weil Herr der GmbH. ein Franzose ist, der mit Rücksicht auf die Höhe seiner Beteiligung nach seinem Belieben Geschäftsführer bestellen kann.

§ 14.

RG. 13. 2. 17, LeipzZ. 17, 927, R. 17 Nr. 1719. Freiw. Zuzahlungen der Gesellschafter. Noch wirksamer als durch Darlehen können die Mitglieder einer notleidenden GmbH. dieser durch Nachschüsse helfen. Solche freiw. Zuzahlungen sind keine Darlehen,

da der zahlende Gesellschafter nicht nur nicht kündigen kann, sondern einen Anspruch auf Rückerstattung gar nicht hat, also im Konkurs der Ges. zur Anmeldung nicht berechtigt ist. Sie sind gesellschaftliche Einlagen wie die Stammeinlagen, von denen sie sich nur dadurch unterscheiden, daß das Verbot der freiw. Rückzahlung (§§ 30, 31) für sie nicht gilt und daß Gewinn und Liquidationsüberschuß nach Verhältnis der übernommenen Stammeinlagen, nicht der gesamten Einlagen (Stammeinlagen plus Zuschüsse) verteilt werden müssen (§§ 14, 29, 72). Behauptet hiernach die Bekl. ein anderes Rechtsgeschäft als der auf Rückzahlung eines Darlehens klagende Gesellschafter, so durfte das OLG. das Urteil nicht auf die Erwägung stützen, daß beim Darlehen den, der besondere Modalitäten der Rückzahlung geltend macht, die Beweislast trifft. Die Voraussetzung, daß ein Darlehen gegeben wurde, steht hier nicht fest. Die Bekl. bestreitet es, leugnet mithin den Klagegrund und kann den Beweis erwarten, daß das Geld darlehensweise gezahlt wurde.

§ 15.

I. Pfändung von Geschäftsanteilen.

1. LG. Münster, JW. 17, 705. Da bei der Pfändung von Geschäftsanteilen ein Drittschuldner nicht in Frage kommt, ist die Pfändung erst mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner bewirkt. Bezüglich der Frage, wo die Verwertung des gepfändeten Geschäftsanteils zu erfolgen hat, ist eine entsprechende Anwendung des § 816 ZPO. abzulehnen, weil bei der Pfändung von Rechten, anders wie bei der Pf. von Sachen, auf die sich § 816 bezieht, Sitz des Rechtes und Ort der Pf. auseinanderfallen können. Art und Ort der Veräußerung sind vielmehr von Fall zu Fall gemäß § 857 Abs. 5 ZPO. durch das Vollstreckungsgericht anzuordnen.

2. BauersZ. 24, 204. Wenn der Eigentümer eines gepfändeten Geschäftsanteils und die GmbH. nicht am gleichen Ort ihren Wohnsitz bzw. Geschäftssitz haben, dann ist die Versteigerung des Anteils am Sitze der Ges. vorzunehmen.

II. Schadensersatzanspruch des Erwerbers eines Geschäftsanteils gegen den Veräußerer wegen falscher beim Anteilskauf gemachten Angaben über die Rentabilität. Braunschweig 9. 6. 14, BauersZ. 24, 68. Die Anteile einer GmbH. werden zwar ebenso wie die durch Aktien und andere Inhaberpapiere verbrieften Rechte als solche Rechte behandelt, für deren Bestand der Verkäufer nur nach § 437 ff. BGB. einzustehen hat, während die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. verneint wird. Allein es finden sich bereits Ansätze für eine entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. bei dem Verkauf solcher Rechte, die ein sachliches Substrat besitzen, sofern es sich um Mängel des letzteren handelt, die unmittelbar auch das verkaufte Recht betreffen; so für Kuxe. Die Anteile einer GmbH. sind aber ihrem Wesen nach den Kuxen an die Seite zu stellen. Es wird daher keinem Bedenken unterliegen, die §§ 459 ff. auch entsprechend auf sie anzuwenden.

III. Absatz 4.

1. **RG.** 8. 12. 16; 89, 193, BauersZ. 24, 141, JW. 17, 224, LeipzZ. 17, 389, R. 17 Nr. 282, ZBlFG. 17, 535. Das RG. hat die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 in fester Rechtspr. auf die Fälle beschränkt, in denen die Verpflichtung zur Abtretung den wesentl. Inhalt des Vertrags ausmacht. Liegt das Hauptziel in anderer Richtung, und stellt jene Verpflichtung nur eine gesetzl. Nebenwirkung des Vertrags dar, so greift Abs. 4 nicht Platz. (Es handelte sich darum, daß der Gläubiger einen ihm verpfändeten Geschäftsanteil an den ihn befriedigenden Bürgen formlos herausgeben sollte.) — Hierzu Hachenburg, JW. 17, 224: „Man wird nicht nur dann den Zwang der notariellen Beurkundung ablehnen, wenn es sich nur um eine gesetzl. Nebenwirkung des Vertrags handelt, sondern auch dann, wenn der Inhalt des Vertrags zuerst auf einen anderen Gegenstand gerichtet war. Ebenso, wenn er allgemein gehalten ist, ohne daß die Verpflichtung zur Leistung eines Geschäftsanteils ausschließlich hervortritt."

2. **RG.** 26. 1. 17, BauersZ. 24, 203, R. 17 Nr. 480 und 1323, ZBlFG. 17, 535. Die Formvorschrift bezieht sich nicht auf Verträge, die nicht die Übertragung von Ge-

schäftsanteilen, sondern die Übertragung von Ansprüchen auf Übertragung von Geschäftsanteilen zum Gegenstande haben.

3. Karlsruhe 2. 5. 16, BadRpr. 17, 50, ZBlFG. 18, 33. Die Vereinbarung, wonach ein Gesellschafter sich gegenüber einem Dritten verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der letztere für einen Teil des Geschäftsanteils des ersteren „bei der Ges. direkt als Gesellschafter eingetragen wird" bedarf der Form des Abs. 4. Denn diese Abrede enthält im vorliegenden Fall nach dem Zusammenhang die Verpflichtung des Gesellschafters, die „Eintragung" des dritten bei der Ges. in der Weise zu bewirken, daß er einen Teil seines Geschäftsanteils auf ihn überträgt; daß dies nur auf besonderen, noch zu äußernden Wunsch des Dritten erfolgen soll, ändert an dem Bestehen der Verpflichtung nichts.

4. Formlose Vereinbarung der Unwirksamkeit einer Anteilsabtretung. BauersZ. 24, 30. Die Rückübertragung eines in der gesetzl. Form abgetretenen Geschäftsanteils erfordert ebenso wie die Veräußerung einen Vertrag vor Richter oder Notar. Umgehen läßt sich der Inhalt des § 15 Abs. 3 auch nicht durch die Abmachung der Parteien, daß eine notariell getätigte Anteilsabtretung nichts gelten und die Sache so angesehen werden solle, als ob dieser Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre. Selbst wenn das Recht einer Partei zum Rücktritt von dem Veräußerungsvertrag in der notariellen Urkunde vorbehalten wurde, bedarf es zur Rückübertragung des Geschäftsanteils an den Veräußerer immer noch eines gerichtl. oder notariellen Vertrags. Auch der Umstand, daß der Erwerber und Rückübertrager des Anteils der GmbH. gegenüber nicht Gesellschafter geworden ist, weil die Anmeldung der Veräußerung bei der Ges. unterblieben war, ändert nichts an der Notwendigkeit eines formellen Rückübertragungsvertrags.

5. **RG.** 28. 1. 16; 88, 61. Der Vertrag, der die schuldrechtl. Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber eines Geschäftsanteils regelt, nachdem der Anteil auf Grund eines voraufgegangenen ungültigen Vertrags formgerecht abgetreten ist, bedarf der Form nicht.

6. Übergang auf die Nachfolger; Vorkaufsrecht. BauersZ. 24, 29. Auch die Begründung eines Vorkaufsrechts in Ansehung eines Geschäftsanteiles bedarf der gerichtl. oder notariellen Form. Der zwischen den Anfangsges., die den GesVertrag vollzogen haben, geschlossene Vorverkaufsvertrag geht nicht ohne weiteres auf die späteren Erwerber der Geschäftsanteile über. Selbst im Falle der Vererbung eines Geschäftsanteiles sind die Erben, abgesehen von den Fällen einer Gesamtrechtsnachfolge, nicht an die vom Erblasser eingegangene Anerkennung eines Vorkaufsrechtes der übrigen Gesellschafter gebunden, weil eine solche Verpflichtung persönlicher Natur ist und lediglich den erklärenden Gesellschafter betrifft, der sich dazu in der vorgeschriebenen Form bekannt hatte. Um das Vorkaufsrecht auf die Sondernachfolger übergehen zu lassen, bleibt nichts übrig, als daß bei Veräußerung der Erwerber in dem gerichtl. oder not. Abtretungsvertrage sich auch zum Inhalt des GesVertrags bekennt.

§ 17.

1. Aufteilung eines Geschäftsanteils. BauersZ. 24, 139. Die nach § 17 Abs. 2 vorgesehene Genehmigung des Geschäftsführers ist nur dann nötig, wenn jemand eine Teilung seines Geschäftsanteils vornimmt, um einerseits den abgetrennten Teil zu veräußern, während er mit dem Rest Gesellschafter bleibt, nicht aber in dem davon verschiedenen Fall, daß der Gesellschafter seinen ganzen Geschäftsanteil, wenn auch in Teilbeträgen an verschiedene Personen abtritt. Die gegenteilige Auffassung läßt sich zwar aus dem Gesetze im Wege der Verallgemeinerung ebenfalls begründen. Allein die bisherige Auslegung des § 17 Abs. 2 spricht für die Entbehrlichkeit einer schriftl. Genehmigung.

2. Hamburg 7. 12. 16, BauersZ. 24, 174. Die ein für allemal erteilte statutarische Genehmigung zur Anteilsteilung vermag lediglich die in § 46 Ziff. 4 GmbH. der GesVers. vorbehaltene Zustimmung zu ersetzen. Dagegen wird dadurch die nach § 17 notwendige in schriftl. Form zu erteilende Genehmigung, die die Person des Erwerbers und den Betrag des zu veräußernden Teils enthalten muß, nicht ersetzt.

3. **RG.** 15. 12. 16, BauersZ. 24, 203, HoldheimsMSchr. 17, 138. Wenn ein Gesellschafter zwei Geschäftsanteile besitzt und nun von dem Gesamtbetrag dieser Geschäftsanteile einen Teilbetrag abtritt, ohne daß aus dem Vertrag ersichtlich ist, von welchem der beiden Geschäftsanteile der Teilbetrag abgetreten wird, dann ist die Abtretung wegen dieser Unbestimmtheit nichtig.

4. Hamburg 7. 12. 16, ZBlFG. 17, 536. Die im GesVertrag einem Gesellschafter im voraus eingeräumte Erlaubnis, Teile seines Geschäftsanteils an beliebige Personen zu veräußern, entspricht nicht dem Gesetz. Ein Notar, der eine solche Veräußerung beurkundet ohne die Beteiligten auf die Unwirksamkeit hinzuweisen, ist schadensersatzpflichtig.

5. **RG.** 20. 6. 16. Wieweit geht die Verpflichtung der Gesellschafter einer GmbH., die sich dem Erwerber gegenüber verbindlich gemacht haben, die Abtretung eines Teils eines Geschäftsanteils zu genehmigen? JDR. 15 § 17 Ziff. 6 auch 88, 319.

§ 19.

1. **RG.** 13. 7. 16, JDR. 15 § 19 GenG. Ziff. 3d auch BauersZ. 24, 67, ZBlFG. 17, 321.

2. **RG.** 7. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 166. Eine Aufrechnungseinrede, die nur die Vermeidung einer Gründung mit offener Sacheinlage bezweckt, ist nichtig.

§ 21.

Abs. 3. Voraussetzungen für den Anspruch an den früheren Gesellschafter auf Nachzahlung der Stammeinlage. Hamburg 4. 5. 17, HansGZ. 17 Hbl. 215, R. 17 Nr. 1895, SeuffA. 72, 329. Das Gesetz bezeichnet die Verhaftung des ausgeschlossenen Gesellschafters ausdrücklich als eine solche „wegen des Ausfalls", also als eine subsidiäre Haftung. Die Ausfallhaftung setzt aber streng zu nehmende Anforderungen an den zu führenden Beweis des Ausfalls voraus. Ein solcher Beweis ist nicht als erbracht anzusehen, wenn der beeidigte Zeuge (primär Haftpflichtiger) selbst zugibt, daß er nicht mittellos sei und daß er im Falle seiner Inanspruchnahme sich bei seinen Hinterleuten, die ihn für den Erwerb des Geschäftsanteils zum Treuhänder bestellt hätten, erholen könne. Falsch ist auch die Auffassung, daß für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Rechtsvorgängers nicht der Zeitpunkt der Klageerhebung gegen den ausgeschlossenen Gesellschafter, sondern der der Einleitung des Kaduzierungsverfahrens in Betracht komme. Das Ges. schreibt für die Geltendmachung der Ausfallhaftung die Beobachtung einer gewissen Reihenfolge für die Handlungen der Ges. vor. Indem die Versteigerung des Geschäftsanteils erst nach erfolgloser Durchführung der Inanspruchnahme von Rechtsvorgängern zulässig ist und andererseits der Rückgriff auf die Rechtsvorgänger erst nach Abschluß des Kaduzierungsverfahrens erlaubt ist, so kann jedenfalls für die Feststellung der Mittellosigkeit des Rechtsvorgängers nicht der Zeitpunkt des Kaduzierungsverfahrens, sondern muß ein späterer Zeitpunkt in Betracht kommen. Da ein „Ausfall" im Urteil gegen den ausgeschlossenen Gesellschafter festgestellt werden muß, ist es notwendig, daß ein der Urteilsfällung möglichst naheliegender Zeitpunkt der Feststellung der Vermögenslosigkeit des Rechtsvorgängers zugrunde zu legen ist und jedenfalls kann sich ein Gesellschafter noch in jedem Stadium des gegen ihn eingeleiteten Prozesses darauf berufen, der Ausfall stehe zurzeit noch nicht fest, wenn begründeter Anhalt dafür vorliegt, daß sein Rechtsvorgänger zurzeit noch zahlungsfähig sei.

§ 29.

Gewinnverteilung. Entscheidet auch die Zeit der Einzahlung? KG. 25. 1. 16, BauersZ. 24, 191, OLG. 34, 358. Nach § 29 Abs. 2 soll das Verhältnis der Gesellschaftsanteile entscheiden, der Nennbetrag, nicht der Betrag der geleisteten Einzahlungen maßgebend sein und es kommt nicht darauf an, ob die Einzahlungen auf alle Geschäftsanteile gleichmäßig geleistet sind oder ob einer oder der andere Gesellschafter die ein-

geforderte Einzahlung auf die Stammeinlage noch nicht geleistet haben sollte. Eine Bestimmung, wie sie sich in §§ 121, 214 Abs. 2 HGB. findet, daß nämlich die Einzahlungen, die im Laufe des Geschäftsjahres geleistet werden, nach dem Verhältnis der Zeit zu berücksichtigen sind, ist in das GmbHG. nicht aufgenommen worden. Sie bildet die Abweichung von der Regel, daß sich die Anteile am Gewinn nach dem Verhältnis der Kapitalanteile richten. Sie war im alten HGB. nicht enthalten, ist erst mit dem neuen HGB. in Kraft getreten, in das zugleich mit dem HGB. umgearbeitete GmbHG. ist sie nicht übernommen worden.

§ 30.

RG. 4. 4. 16; 88, 187, BauersZ. 24, 67. Die Vorschrift des § 213 HGB., wonach die Aktionäre ihre Einlagen nicht zurückfordern können, ferner das Prinzip des Gläubigerschutzes überhaupt sowie endlich die Erwägung, daß die Beteiligungserklärung für die Öffentlichkeit bestimmt ist und sich nach Eintragung des Beitritts im Handelsregister an jedermann richtet, haben seit langer Zeit zu der Überzeugung geführt, daß der veröffentlichte Beitritt zu einer AG. der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, Irrtums oder Drohung nicht unterliegt. Das gleiche gilt trotz der veränderten Fassung des § 38 Abs. 1 GmbHG. auch für die GmbH. Ebenso hat das RG. von jeher an der Gleichstellung des Schadensersatzanspruches mit der Anfechtung festgehalten. Der von Mors und Breit, GoldschmidtsZ. 70, 184; 76, 415 vertretenen Ansicht, daß der Schadensersatzanspruch an sich zuzulassen sei und nur hinter die Rechte der Gläubiger zurücktreten müsse, ist nicht beizupflichten. Der durch Betrug zum Gesellschafterwerden Veranlaßte kann auch aus den Reserven und dem Reingewinn seine Entschädigung nicht fordern. Vor allem ist vor Auflösung der Ges., ja vor Beendigung der Liquidation, gar nicht mit Sicherheit erkennbar, ob nicht doch durch Entschädigung des Betrogenen die übrigen GesGläubiger beeinträchtigt werden. Allemal dann, wenn zu seiner Befriedigung die Reserven ausgeschüttet sind und hinterher eine Unterbilanz sich herausstellt, kann die Beeinträchtigung nicht bezweifelt werden. Das RG. hat auch den Schadensersatzanspruch keineswegs nur insoweit verneint, als er wirtschaftl. mit dem Ergebnis der Anfechtung zusammenfällt; vielmehr nimmt es eine Sonderrechtsbildung an, durch die die §§ 31, 826 BGB. völlig ausgeschaltet werden. Der betrogene Gesellschafter kann also unter keinen Umständen die Ges. auf Schadensersatz belangen, er ist darauf angewiesen, den gesetzl. Vertreter der GmbH., der ihn geschädigt hat, in Anspruch zu nehmen.

§ 34.

Strafweise Einziehung eines Geschäftsanteiles. BauersZ. 24, 122. Das KG. hat es für zulässig erklärt, daß die Satzungen für den Fall einer Vertragsverletzung ein dem Kaduzierungsverfahren ähnliches Verfahren festsetzen (RJA. 8, 147). Nicht anders ist die Rechtslage, wenn der GesVertrag die Einziehung des Geschäftsanteils als Buße für einen Vertragsbruch (z. B. wegen nach der Satzung verbotenen Wettbewerbs des Gesellschafters) ausspricht derart, daß der betr. Gesellschafter den halben Wert des Anteils herausbekommen soll. Solchenfalls hat man nicht den Untergang des Geschäftsanteils beabsichtigt, sondern dessen Fortbestehen, was schon daraus hervorgeht, daß nach der Einziehung eine Wertsverminderung erfolgt und daß dem gewesenen Gesellschafter 50% dieses Wertes auszubezahlen sind. Eine Vorschrift des öffentl. Rechts steht einer solchen Einziehung nicht entgegen; der Schuldige kann aber die Vertragsstrafe als übermäßig hoch anfechten.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35.

I. Bestellung der Geschäftsführer.

1. Übertragung der Bestellungsmacht auf Dritte (Gesellschafter). Rostock 8. 7. 15, JDR. 15 § 35 I 1 auch DNotV. 16, 458, OLG. 34, 359.

2. Befugnis des Zwangsverwalters über ein britisches Unternehmen zur Bestellung von Geschäftsführern. KG. 7. 7. 16, BauersZ. 24, 48, KGJ. 49, 126, RJA. 15, 128, ZBlFG. 18, 132. Die Eintragung des von dem Zwangsverwalter einer ausländischen GmbH. bestellten Geschäftsführers ist Handelssache. Die Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern ist auch während der Zwangsverwaltung zulässig.

3. BauersZ. 24, 153. Es ist rechtlich zulässig, daß die Generalvers., zu deren Aufgaben nach § 46 Ziff. 5 GmbHG. die Bestellung der Geschäftsführer gehört, nach vorgenommener Wahl des Geschäftsführers einen Gesellschafter mit dem Abschluß des Dienstvertrags mit dem Gewählten beauftragt.

4. Rostock 8. 7. 15, BauersZ. 24, 190. Die ganz allgemeine Befugnis, einen Geschäftsführer zu bestellen, kann nur derGesVertrag, nicht die Generalvers. auf einen anderen übertragen.

5. Braunschweig 21. 3. 16, OLG. 35, 288. Die Bestimmung des § 29 BGB. findet auch auf die Geschäftsführer der GmbH. Anwendung.

II. Rechtsverhältnisse des Vorstandes.

1. **RG.** 7. 11. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 53. — Hierdurch ist das die gegenteilige Ansicht vertretende Urteil des OLG. Hamburg vom 13. 11. 15 (s. JDR. 15 GmbHG. § 35 II, 5 auch OLG. 34, 359) aufgehoben.

2. Stuttgart 16. 3. 17, R. 17 Nr. 901. Keine Befugnis des Geschäftsführers, dem Pächter des Geschäftes die Führung der Firma der GmbH. zu gestatten. Vgl. § 4.

3. BauersZ. 24, 121 (Oberschiedsgericht f. AngestVers. 20. 11. 15). Die Geschäftsführer mit einem Eink. unter 5000 M. unterliegen der Angest.-Versicherungspflicht.

4. BauersZ. 24, 119. Ein Geschäftsführer, der freiw. auf einen ihm gewährten Urlaub verzichtet, kann wegen der dadurch geleisteten Mehrarbeit gegen die Ges. keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung stellen, zumal die Geschäfte in seiner Abwesenheit durch die Prokuristen geführt worden wären, so daß unter allen Umständen eine Bereicherung der Ges. nicht vorliegt.

5. **RG.** 18. 11. 16, BauersZ. 24, 137. Im Falle einer Patentverletzung kann die Unterlassungsklage nicht bloß gegen die GmbH., sondern auch gegen den schuldigen Geschäftsführer gerichtet werden.

6. Hamburg 6. 12. 16, BauersZ. 24, 154, HansGZ. 17 Hbl. 47, LeipzZ. 17, 938, R. 17 Nr. 481, SeuffA. 72, 133. Wenn auch für die Geschäftsführer einer GmbH. ein Konkurrenzverbot, wie in §§ 60, 236 HGB. nicht besteht, so ergibt sich doch aus dem Vertragsverhältnis, daß sie ihre Vertretungsbefugnis zur Erlangung sachlich ungerechtfertigter Vermögensvorteile auf Unkosten der Ges. nicht mißbrauchen dürfen; andernfalls machen sie sich schadensersatzpflichtig.

7. Darmstadt 21. 10. 16, HessRspr. 17, 259. Der Geschäftsführer kann seine gesetzl. Befugnisse im ganzen nicht auf einen anderen übertragen, auch mangels besonderer Bestimmung im GesVertrag nicht dauernd durch ein Aufsichtsratsmitglied vertreten werden.

8. Tantieme des Geschäftsführers. Einfluß der Sonderrücklage für die Kriegsgewinnsteuer. Michaelis, GruchotsBeitr. 61, 410 (421). Vgl. § 262 HGB.

III. Gesamtvertretung.

1. Vertragsabschluß durch Gesamtvertreter A. Fuchs, ZBlFG. 17, 457. Vgl. § 125 Ziff. 3 HGB.

2. Wechselunterschrift bei Gesamtvertretung; Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters. **RG.** 10. 10. 16, LeipzZ. 17, 206, R. 17 Nr. 1882. Die Gesamtvertreter einer GmbH. sind berechtigt, ebenso wie einem von ihnen selbst, so auch einem Dritten für ein einzelnes Geschäft Vollmacht zu erteilen. Bei der Zulässigkeit der Einzelvollmacht macht sich der Erwerber eines Wechsels trotz Kenntnis der Personen der Geschäftsführer keiner groben Fahrlässigkeit schuldig, wenn er einen nur von einem Gesamtvertreter gezeichneten Wechsel im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der Unterschrift ohne nähere Prüfung annimmt.

§ 38.

1. Entlassung eines internierten Ausländers. Frankfurt 14. 2. 16, JDR. 15 § 38 Ziff. 9 auch OLG. 34, 366.

2. Entlassung trotz vertraglichen Anspruchs auf die Stellung. Frankfurt 14. 2. 16, JDR. 15 § 38 Ziff. 8 auch OLG. 34, 361. Die in § 38 Abs. 2 vorgesehene Beschränkung des freien Widerrufsrechts ist auch dann anzunehmen, wenn ein Gesellschafter auf Grund des GesVertrags ein vertragl. Recht auf die Stellung als Geschäftsführer hat. Alsdann ist anzunehmen, daß die Entlassung nur aus wichtigen Gründen erfolgen darf. Es fragt sich, ob das vertragliche Recht des Entlassenen auf die Geschäftsführung dann wieder eingreift, wenn nachträglich die Voraussetzungen wegfallen. Diese Frage ist vorliegend, wo die Geschäftsführung nicht sowohl im Interesse der Ges. als vielmehr hauptsächlich zum Nutzen der einzelnen Gesellschafter vertragl. geregelt ist, zu bejahren. Vgl. **RG.** 20. 4. 15, GenBl. 17, 406, LeipzZ. 17, 1014.

3. Krieg Entlassungsgrund? **RG.** 3. 4. 17, BauersZ. 24, 202, GenBl. 17. 263, HoldheimsMSchr. 17, 234. Zwar war der Verkehr mit den Ländern, mit denen Deutschland im Kriege stand, zur Zeit der Entlassung (Sept. 1914) völlig beseitigt, mit den übrigen Staaten aber, neutralen wie zumal verbündeten, ging er weiter, wenn er auch erschwert war. Es wird daher sicher die von der GmbH. betriebene Verwertung von Erfindungen im Ausland größeren Schwierigkeiten unterlegen haben als im Frieden, aber ausgeschlossen war sie durch den Krieg nicht. Und wenn es der GmbH. geschäftlich vorteilhafter erschien, ihren Betrieb vorläufig überhaupt einzustellen, so kann sie dies nicht dazu benutzen, die von ihr abgeschlossenen Dienstverträge sofort und ohne Frist aufzulösen.

4. Vom Aufsichtsrat eingegangene Verpflichtung dafür zu sorgen, daß der neue Geschäftsführer den Geschäftsanteil des entlassenen übernimmt, vgl. unten Ziff. 1 zu § 52.

5. BauersZ. 24, 48. Der Zwangsverwalter ist berechtigt, den Geschäftsführer abzuberufen.

6. Entlassung eines internierten Engländers; Wiederanstellung bei Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit. Frankfurt 14. 2. 16, JDR. 15 § 38 Ziff. 8 u. 10 auch BauersZ. 24, 189.

7. Amtsniederlegung des Geschäftsführers, an wen ist sie zu richten? BauersZ. 24, 154. Beim Vorhandensein noch eines zweiten Geschäftsführers, und sollte dieser auch nur gemeinsam die Vertretung der Ges. haben, kann nach § 35 Abs. 2 GmbH.G die Amtsniederlegung diesem gegenüber erklärt werden, ebenso gegenüber einem einzelzeichnenden oder gegenüber zwei gemeinsam zeichnenden Prokuristen. Geht die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer vom Aufsichtsrat aus, so ist dieser auch zur Entgegennahme einer freiwilligen Amtsniederlegung zuständig. Ebenso wenn die Gültigkeit des § 247 Abs. 1 HGB. durch den GesVertrag nicht aufgehoben ist. Andere Mittel, um die Amtsniederlegung nach außen hin kundbar zu machen, bestehen in einer entsprechenden Veröffentlichung in den GesBlättern, in einer an die Ges. zu richtenden Abdankungserklärung, ganz gleich, ob diese zugestellt werden kann oder nicht. Das Registergericht hat eine Abschrift solcher Erklärungen zur Eintragung der Austrittsanmeldung für genügend erachtet.

8. BauersZ. 24, 172. Eine Amtsniederlegung des Geschäftsführers wegen Verweigerung der Entlastung ist zulässig.

§ 42.

BauersZ. 24, 190. Wenn bestimmte Gesellschafter die ihnen satzungsgemäß obliegende Prüfung der Bilanz zu Unrecht nicht vornehmen, kann nur die GmbH. gegen sie auf Erfüllung klagen; eine Klage der Gesellschafter ist ausgeschlossen, da zwischen ihnen und den beiden zur Prüfung Bestimmten ein Vertragsverhältnis nicht besteht.

§ 45.

Dresden 28. 10. 15, BauersZ. 24, 28. Das im GesVertrag den Gesellschaftern auferlegte Wettbewerbsverbot ist gültig.

§ 46.

1. BauersZ. 24, 100. Zur Einführung versammlungsloser Abstimmungen gehört die Einwilligung jedes einzelnen Gesellschafters, weil in einer solchen Abänderung des GesVertrags eine Verletzung des Sonderrechts der Gesellschafter auf Beratung liegt.

2. Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses wegen zu hoher Abschreibungen. **RG.** 7. 11. 16, BauersZ. 24, 139, LeipzZ. 17, 394, R. 17 Nr. 110. Freiw. Abschreibungen d. h. bewußte Minderbewertung vorhandener Gegenstände durch zu hohe Abschreibungen sind nur zulässig, soweit der GesVertrag das bestimmt. Erfolgen sie ohne durch den GesVertrag gestattet zu sein, so kann jeder Gesellschafter wegen des ihm zustehenden Anspruches auf den durch zu hohe Abschreibungen geschmälerten Reingewinn den die Bilanz feststellenden GesBeschluß anfechten, auch wenn sie von der Mehrheit der Versammlung gebilligt wurden. Eine unbewußte Minderbewertung, beruhend auf einer von der Mehrheit nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommenen Abschätzung würde allerdings nicht gegen das Ges. verstoßen. Vgl. Flechtheim, BankA. 16, 371 bei § 271 HGB.

§ 47.

1. Inhalt der Niederschrift der Gesellschafterbeschlüsse. BauersZ. 24, 49. Die Fassung „die Versammlung beschließt" genügt jedenfalls dann nicht, wenn nach Ges. oder Statut eine größere Mehrheit als die einfache Stimmenmehrheit für den Beschluß nötig ist. Es empfiehlt sich überhaupt bei jedem Beschluß, der nicht die Genehmigung aller Anwesenden gefunden hat, anzugeben, wie viel Stimmen dafür und wie viel dagegen abgegeben wurden. Es erweist sich ferner als notwendig, daß eine vom Ges. gebotene Enthaltung der Abstimmung als erfolgt im Protokoll Erwähnung findet.

2. Stimmrecht. a) **RG.** 7. 11. 16, BauersZ. 24, 120, HoldheimsMSchr. 17, 166, JW. 17, 165, LeipzZ. 17, 394. Im Anschluß an RG. 74, 276, wo bei gleichzeitiger Beschlußfassung über die Bestellung zum Geschäftsführer und sein Gehalt dem zu bestellenden Gesellschafter ein Stimmrecht auch über sein Gehalt zugebilligt wurde, hat RG. (HoldheimsMSchr. 11, 120) ausgesprochen, daß auch der bereits zum Geschäftsführer bestellte Gesellschafter mitstimmen darf, wenn später über eine Neuregelung seines Gehaltes Beschluß gefaßt werden soll. An dieser Rechtspr., wonach die Bestellung zum Geschäftsführer und die Regelung seiner Bezüge ein einheitl. Verhältnis darstellen und deshalb auch die weitere Ausgestaltung desselben durch nachträgliche Gehaltsänderung nicht als Rechtsgeschäft nach § 47 Abs. 4 anzusehen ist, ist festzuhalten. — Zustimmend Hachenburg, JW. 165: „Nur dann ist das Stimmrecht zu versagen, wenn ein Mißbrauch desselben vorläge. Ein Gesellschafter, der die Mehrheit besitzt, darf sich nicht als Gehalt oder Tantieme fast den ganzen Reingewinn zubilligen. Er darf aber auch nicht den Anstellungsvertrag und ein auf mehrere Jahre mit seiner Zustimmung festgesetztes Gehalt während dieser Zeit durch seine Stimme willkürlich ändern.

b) **RG.** 3. 2. 17; 89, 368, BauersZ. 24, 204, R. 17 Nr. 704. Betrifft die Beschlußfassung die Genehmigung eines von der Ges. mit einem Gesellschafter abgeschlossenen Geschäftes, so ist der btr. Gesellschafter von der Abstimmung ausgeschlossen.

c) BauersZ. 24, 173. Eine Stimmvollmacht für einen Teilbetrag des ungeteilten Geschäftsanteils ist zulässig.

d) BauersZ. 24, 121. Eine Satzungsbestimmung, die den Ges. wegen vertragswidrigen Verhaltens das Stimmrecht entzieht, ist gültig.

e) Wirkung eines Verstoßes gegen § 47 Abs. 4. **RG.** 3. 2. 17, BauersZ. 24, 204, LeipzZ. 17, 659, R. 17 Nr. 704, ZBlFG. 18, 33. Ein Verstoß gegen § 47 Abs. 4 bewirkt nicht die absolute Nichtigkeit des Beschlusses, die von jedem Dritten geltend gemacht werden könnte, ohne daß es einer Anfechtung des Beschlusses durch einen Gesellschafter bedürfte. Eine solche Nichtigkeit tritt nur ein, wenn der Verstoß eine zwingende Vorschrift betrifft. § 47 Abs. 4 gehört aber zum dispositiven Recht und kann durch den GesVertrag abgeändert werden.

§ 50.

Tragung der Kosten einer von der Gesellschafterminderheit einberufenen Generalvers. BauersZ. 24, 99. Ein Beschluß hierüber nach § 50 Abs. 3 kann auch ohne vorherige Ankündigung und zwar mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden. Die Regel ist, daß man die Einberufer damit belastet, wenn die auf die Tagesordnung gesetzten Anträge samt und sonders abgewiesen wurden. Doch kann die Kostenübernahme seitens der Ges. auch dann verweigert werden, wenn die Anträge ganz oder teilweise angenommen wurden. Hat sich die Ges. überhaupt nicht mit der Kostentragung befaßt, oder ist ein derartiger Antrag wegen Stimmengleichheit weder angenommen noch abgelehnt, dann könnte der Einberufer, wenn die von ihm ausgehenden Anträge ganz oder zum Teil angenommen wurden, Ersatz der notwendigen Aufwendungen nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag fordern. Sind die Anträge des Einberufers angenommen, die Kostentragung aber abgelehnt worden, dann ist ein Verlangen des Kostenersatzes nach § 678 BGB., obwohl die Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Einklang stand, wegen § 50 Abs. 3 ausgeschlossen.

§ 51.

1. Inhalt der Mitteilung der Tagesordnung. **RG.** 3. 2. 17, BauersZ. 24, 204, LeipzZ. 17, 660. Es handelt sich nicht um einen Akt der gewöhnl. Geschäftsführung, insbes. nicht um eine gewöhnl. HypBestellung zugunsten eines Dritten, sondern um die zur Rechtswirksamkeit erforderliche Genehmigung einer gemäß § 181 BGB. ohne solche rechtsunwirksamen HypBestellung zugunsten einer gleichfalls von S. vertretenen anderen GmbH. Es beruht auf einer rechtl. bedenkenfreien Auslegung der den Gesellschaftern bei der Einberufung mitgeteilten Tagesordnung, wenn das OLG. annimmt, aus ihrem Wortlaute sei eine Ankündigung, daß über diesen außergewöhnlichen und wichtigen Gegenstand beschlossen werden solle, nicht zu entnehmen gewesen. Das OLG. konnte daher ohne Rechtsirrtum annehmen, daß durch die Mitteilung der Tagesordnung die Gesellschafter nicht in die Lage versetzt worden sind, sich auf den Gegenstand vorzubereiten und daß sonach die Mitteilung dem § 51 Abs. 2 nicht Genüge geleistet hat.

2. Beschlußfassung über einen nicht angekündigten Gegenstand. a) **RG.** 7. 2. 17, LeipzZ. 17, 658, ZBl.FG 18, 33. Es kann nicht zugegeben werden, daß die Beschlußfassung über einen in der Ankündigung nicht bezeichneten Gegenstand einen so flagranten Verstoß enthalte, daß deshalb der Beschluß sich überhaupt nicht als Beschluß einer GenVers. darstelle, sondern als bloßer Scheinbeschluß, der auch ohne Anfechtung durch Klage nichtig sei.

b) **RG.** 3. 2. 17; 89, 368, BauersZ. 24, 204, LeipzZ. 17, 659, R. 17 Nr. 704. Im Gegensatz zu Hachenburgs auf Staub HGB. § 256 gestützte Ansicht, daß ein Beschluß über nicht angekündigte Punkte „ein Nichts und völlig unbeachtlich" sei, hat sich Staub (9.) § 256 Anm. 5 der auch schon früher vorwiegend vertretenen Ansicht angeschlossen, daß ein solcher Beschluß zwar anfechtbar sei, aber durch unterlassene Anfechtung gültig wird. Dem ist beizutreten. Das erheblichste Bedenken gegen diese Auffassung, das für die AktG. aus der Befristung der Klage nach § 271 HGB. hergeleitet wird, kommt für die GmbH. nicht in Frage, da hier die Anfechtung nicht durch eine innerhalb bestimmter Frist zu erhebende Klage zu erfolgen braucht.

§ 52.

1. Vom Aufsichtsrat übernommene Verpflichtung dafür zu sorgen, daß der neue Geschäftsführer den Geschäftsanteil des ausscheidenden Geschäftsführers übernimmt. BauersZ. 24, 46. Der Aufsichtsrat kann gegenüber dem Geschäftsführer rechtswirksam und zwar formlos (da eine Veräußerung eines Geschäftsanteils durch den Inhaber nicht in Frage steht) die Verpflichtung eingehen, einen neuen Geschäftsführer nur unter der Bedingung anzustellen, daß dieser den Geschäftsanteil des ausscheidenden Geschäftsführers übernimmt. Erfüllt der Aufsichtsrat diese Verpflichtung nicht, macht er sich schadensersatzpflichtig, es sei denn, daß z. B. wegen der schlechten Ver-

mögenslage der GmbH. niemand einen Geschäftsanteil derselben erwerben will. Haben die AufsRatsmitglieder die Verpflichtung persönlich übernommen, so wird diese Obliegenheit für jede Aufsichtsperson hinfällig, die im Zeitpunkt der Wahl des neuen Geschäftsführers nicht mehr dem AufsRat angehört. Hat der AufsRat als Organ die Verpflichtung übernommen, dann ist der neue AufsRat an die von seinem Vorgänger eingegangene Verpflichtung nicht gebunden.

2. Vertretungsmacht des Aufsichtsrats. Darmstadt 21. 10. 16, HessRspr. 17, 259. Der AufsRat hat keine allgemeine Vertretungsmacht für die GmbH.; er kann nur in besonderen gesetzlichen Ausnahmefällen diese vertreten. Er ist auch mangels besonderer Bestimmung im GesVertrag nicht berechtigt, dauernd den Geschäftsführer zu vertreten.

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53.

1. Abänderung des GesVertrags. **RG.** 12. 1. 17, DJZ. 17, 750, JW. 17, 468. Herabsetzung des einem Gesellschafter für Einbringung von Schutzrechten im GesVertrag gewährten Anteils am Gewinn. Wenn dem Kl. im GesVertrag von dem Reingewinn, der durch die Auslandsgeschäfte erzielt werden würde, ein vorweg in Abzug zu bringender Anteil von 30 v. H. zugesichert worden ist, so handelt es sich hierbei nicht um die Verteilung des Reingewinns unter die Gesellschafter i. S. des § 29, sondern um die Festsetzung der Gegenleistung, die die Ges. dem Kl. dafür zu gewähren hatte, daß er die ihm zustehenden Schutzrechte in die Ges. einbrachte. Die Festsetzung dieser Vergütung bedurfte freilich nach § 5 Abs. 4 der Aufnahme in den GesVertrag. Daraus läßt sich aber nicht ableiten, daß nun auch jedes Rechtsgeschäft, das die Berichtigung der festgesetzten Vergütung zum Gegenstand hat, als Abänderung des GesVertrags anzusehen ist. Insbesondere kann der Einbringende, wie jeder Gläubiger, dem Schuldner, also hier der Ges., die Schuld erlassen, ohne daß es dazu einer besonderen Form bedürfte. Etwas anderes liegt hier nicht vor, wo vereinbart ist, daß „Kl. seinen Anspruch von 30 v. H. auf 22½ v. H. reduziert, indem er die Differenz von 7½ v. H. der Ges. in Verrechnung zurückvergütet." — Hierzu bemerkt Hachenburg, JW. 17, 468. Die Entscheidung ist wichtig über den konkreten Fall hinaus. Sie enthält ein Prinzip. Auch dann, wenn es sich um echte Bestandteile des GesVertrags handelt, können darin Rechte verbrieft sein, die nicht Bestandteile des gesellschaftl. Lebens sind. Sie entstehen zwar kraft GesRechtes. Sie können aber Gegenstand eines Rechtsgeschäftes außerhalb der Satzung sein. So in dem vom RG. behandelten Falle der Bestellung besonderer Gewinnrechte außerhalb des Geschäftsanteils. Auf sie kann der Berechtigte wie jeder Gläubiger verzichten. Dasselbe gilt aber auch von Ansprüchen, die dem Gesellschafter für besondere Leistungen neben der Stammeinlage zustehen (§ 3 Abs. 2). Das Gebiet der Änderung des GesVertrags wird dadurch materiell beschränkt. Es kommt nicht darauf an, daß ein Recht durch den Ges.-Vertrag entstanden ist. Nicht die Form entscheidet. Es muß sich inhaltlich um eine Anordnung handeln, die die Ges. als solche für sich und ihre Gesellschafter trifft.

2. BayerZ. 24, 66. Die Abänderung des GesVertrags kann gemäß § 53 Satz 3 („der Vertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen") neben der Dreiviertelsmehrheit auch noch von der Zustimmung eines Gesellschafters oder eines Dritten abhängig gemacht werden.

3. Voraussetzungen für die Verlängerung eines GesVertrags über die ursprünglich vereinbarte Zeit. KG. 8. 12. 16, BayerZ. 24, 175, DNotV. 17, 457, OLG. 34, 363, R. 17 Nr. 1324, RJA. 15, 142, ZBlFG. 17, 498. Zwar ist nicht in jeder Verlängerung der Vertragsdauer eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Vertrag obliegenden Leistungen i. S. des § 53 Abs. 3 zu sehen. Enthält der Vertrag nur die in § 3 Ziff. 1—4 GmbH.G aufgeführten Bestimmungen, legt er also den Gesellschaftern nur die nach Ziff. 4 dem GesVertrag begrifflich wesentliche Pflicht zur Leistung

einer Stammeinlage auf, so bleiben die Leistungen der Gesellschafter dieselben, wenn auch die Dauer der Ges. über die ursprünglich vereinbarte Zeit ausgedehnt wird. Sind dagegen den Gesellschaftern im Vertrag noch andere Verpflichtungen auferlegt, durch die entweder ihr Vermögen oder ihre persönl. Leistungsfähigkeit über die Einzahlung der Stammeinlage hinaus in Anspruch genommen werden, so sind die Gesellschafter durch eine Verlängerung der GesDauer jedenfalls dann beschwert, wenn die Verpflichtung zur Zeit der Verlängerung noch nicht erfüllt war und wenn durch die zeitliche Ausdehnung des Vertrags jene Verpflichtungen einen größeren Umfang annehmen können, als dies bei vertragsmäßiger Endigung der Ges. der Fall wäre.

4. Beschluß auf Verpflichtung eines in Konkurrenz mit der Ges. stehenden Gesellschafters, sich durch einen anderen Gesellschafter vertreten zu lassen. **RG.** 5. 5. 16, JDR. 15 § 53 Ziff. 4 auch **RG.** 88, 220, DNotV. 17, 456.

§ 55.

1. Kapitalserhöhung; Übernahme des Erhöhungsbetrags durch einen Gesellschafter; Anfechtbarkeit des dahingehenden Beschlusses. BauersZ. 24, 123. Die Bedenken, ob mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden kann, daß der Erhöhungsbetrag von einem bestimmten Gesellschafter übernommen werden soll, und ob dieser Gesellschafter hierbei mitstimmen dürfe, sind unbegründet. Das Gesetz enthält über die erforderliche Stimmenmehrheit keine Vorschrift; es muß also einfache Mehrheit genügen. Vom Stimmrecht ist der Übernehmer auch nicht ausgeschlossen, weil der Beschluß kein Rechtsgeschäft zwischen ihm und der Ges. betrifft. Es kommt auch eine rein gesellschaftl. Maßnahme in Frage, die nicht gleichbedeutend ist mit der die Übernahme selbst betreffenden Erklärung nach § 55 Abs. 1. Der Beschluß ist aber im fraglichen Falle wegen Verstoßes gegen die guten Sitten anfechtbar. Die Gesellschaft bestand nur aus zwei Gesellschaftern (A. und B.), von denen A. 50000, B. 40000 M. Stammkapital besaß. Das Kapital sollte nach einstimmigem Beschluß der Gesellschafter auf 200000 M. erhöht und der Erhöhungsbetrag nach dem mit einfacher Mehrheit von A. gegen den Widerspruch des B. gefaßten Beschluß von A. zum Nennbetrag übernommen werden, trotzdem der innere Wert ein viel höherer war. B. hatte schon früher jede Teilabtretung seines Geschäftsanteils an A. abgelehnt. Bei der Erhöhung des Stammkapitals durfte B. davon ausgehen, daß der neue Anteil den Gesellschaftern nach Maßgabe ihrer bisherigen Beteiligung zugewiesen werden würde. Der Mangel an Gutgläubigkeit des A. erhellt daraus, daß er seinen Antrag, ihn als alleinigen Anteilsübernehmer zuzulassen, nicht in der Versammlung stellte, die über die Kapitalserhöhung beschloß. Durch die Übernahme würde A. in den Besitz der zur Satzungsänderung nötigen Dreiviertel-Mehrheit gekommen sein.

2. Verletzung des satzungsmäßigen Rechtes der Gesellschafter auf Beteiligung an der Kapitalserhöhung. BauersZ. 24, 140. Haben nach dem Ges.-Vertrag die Gesellschafter das Recht, im Falle einer Kapitalserhöhung die neuen Geschäftsanteile nach Maßgabe ihrer bisherigen Beteiligung zu übernehmen und ist ein Gesellschafter bei Übernahme der neuen Anteile zu Unrecht übergangen worden (schlechte Vermögenslage und Rückstand mit der Einzahlung des alten Geschäftsanteils rechtfertigen die Übergehung nicht), dann kann der Übergangene an jeden einzelnen Gesellschafter mit der Forderung herantreten, ihm den zuviel erhaltenen Anteil gegen Bezahlung des eingeforderten Betrages zu überweisen. Auch ist gegen die Ges. eine Klage auf Beschaffung der dem Gesellschafter zustehenden Beteiligung an der Erhöhungssumme zulässig. Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers ist zu verneinen, da es sich um eine von ihm als Geschäftsführer begangene Pflichtverletzung handelt, für die er nur der Ges. gegenüber die Verantwortung trägt, da es sich nur um Fahrlässigkeit, nicht um arglistiges Vorgehen handelt.

3. Beschwerde der Gesellschafter gegen die Eintragung eines Kapitalserhöhungsbeschlusses (vgl. JDR. 15 § 55 Ziff. 2). a) Josef, HoldheimsMSchr.

17, 173. Die Höhe des Stammkapitals bei der GmbH. ist ein wesentl. Bestandteil des GesVertrags; jede Kapitalserhöhung enthält folglich eine Änderung des GesVertrags, sie schafft neue Mitgliedschaften, neue Geschäftsanteile und beeinträchtigt so, da die Übernehmer ein Stimmrecht in GesAngelegenheiten haben und am Reingewinn teilnehmen, diese Rechte der vorhandenen Gesellschafter. Jener Beschluß wird nach § 54 Abs. 3 wirksam erst durch die Eintragung im HandelsReg.; zwar werden hierdurch Mängel des Beschlusses, die im materiellen Rechte (der Gültigkeit der Übernahmeerklärungen § 55) wurzeln, nicht beteitigt. Aber die Eintragung hat die Bedeutung einer Vermutung, daß die Stammanteile in materiell rechtswirksamer Weise übernommen, auch die bei der Anmeldung zur Eintragung vorgeschriebenen formellen Erfordernisse (§§ 56, 57) vom Registergericht als erfüllt angesehen waren. Folglich beeinträchtigt die Eintragung des Beschlusses das Recht der Gesellschafter und die Behauptung, die Eintragung sei zu Unrecht erfolgt, verleiht nach § 20 FGG. den an der Übernahme nicht beteiligten Gesellschaftern das Beschwerderecht gegen die Eintragung.

b) KG. 15. 10. 15, BayerZ. 24, 28. Den Gesellschaftern steht gegenüber einer ungültigen Kapitalserhöhungseintragung kein Beschwerderecht zu; die Beseitigung ist nur unter den Voraussetzungen der §§ 142ff. FGG. möglich.

c) Zu KG. v. 15. 10. 15 (vgl. JDR. 15 § 55 Ziff. 2) bemerkt DNotV. 17, 459: Die Entsch. ist bedenklich und widerspricht dem praktischen Bedürfnis. Daß die Rechte der Gesellschafter durch die Ablehnung des Antrags auf Löschung der eingetragenen Kapitalserhöhung nicht beeinträchtigt werden, kann nicht anerkannt werden.

4. Form der Vorverträge nach § 55. KG. 11. 6. 15, OLG. 34, 363, ZBlFG. 18, 132. Ein Vertrag, der seinem Inhalt nach die Leistung einer Stammeinlage und die Übernahme von Geschäftsanteilen zum Gegenstande hat, bedarf, auch wenn er vor der ordnungsmäßigen Beschlußfassung und Eintragung der Kapitalserhöhung abgeschlossen wurde, der gerichtl. Form. So RG. 50, 50, JW. 02, 621; 03, 248.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 61.

1. Gründe für die Auflösungsklage. **RG.** 19. 1. 17, BayerZ. 24, 205, Gruchots Beitr. 61, 652, HoldheimsMSchr. 17, 171, LeipzZ. 17, 732, R. 17 Nr. 482. Die Auflösungsklage kann auch auf unerträgliche Verhältnisse zwischen den Gesellschaftern gestützt werden. „In den Verhältnissen der Ges." liegen die Auflösungsgründe auch, wenn sie zwar nur das Verhalten der Gesellschafter zueinander betreffen, dieses aber auf die Ges. und ihre Fortentwicklung zurückwirkt. Das kann um so leichter vorkommen, je geringer die Zahl der Gesellschafter. So hier, wo jede der beiden Gruppen die Hälfte der Stimmen hat, so daß bei Stimmengleichheit ein Beschluß nicht gefaßt werden kann. Ein solcher Zustand genügt, um der Klage ohne Erörterung der Schuldfrage stattzugeben. Natürlich darf der Kl. nicht allein oder auch nur hauptsächlich an dem Zerwürfnis schuld sein.

2. **RG.** 2. 3. 17, DJZ. 17, 830, R. 17, 177. Zur Auflösung wird nicht Unmöglichkeit der Erreichung des GesZweckes erfordert; naheliegende künftige Gefährdung der Entwicklung kann genügen. Der eine Gesellschafter, der gleich dem Kl. die Hälfte der Geschäftsanteile besaß und wie dieser Geschäftsführer war, wurde wegen Verrats militärischer Geheimnisse verurteilt und die Heeresverwaltung wünscht wegen dieser Verurteilung mit der GmbH. keine weiteren geschäftlichen Beziehungen zu unterhalten, wenn jener Geschäftsführer bliebe. Das rechtfertigt das Auflösungsverlangen.

3. **RG.** 3. 7. 17, LeipzZ. 17, 1242. Das RG. hat wiederholt anerkannt, daß dauernde Zwistigkeiten unter den Gesellschaftern, die ein gedeihliches Zusammenarbeiten ausschließen und die Gefahr einer ständigen Majorisierung der einen Partei durch die andere mit sich bringen, bei einer geringen Mitgliederzahl auf die Verhältnisse der Gesellschaft selbst zurückwirken. In der Abwägung aber der Schwere der Vorkommnisse —

ob sie eine Auflösung rechtfertigen — ist es Sache des Tatrichters, nach freiem Ermessen zu entscheiden.

4. Karlsruhe 11. 7. 16, BadRpr. 17, 126. Unrichtige Buchungen und Bilanzverschleierungen können einen wichtigen Grund für die Auflösung einer GmbH. bilden.

§ 64.

Vgl. § 84.

§ 66.

1. Klage des Liquidators auf seine Löschung. Hamburg 21. 3. 16, JDR. 15 § 66 Ziff. 3 auch OLG. 34, 364, BauersZ. 24, 31.

2. Unzulässigkeit einer Satzungsbestimmung, die das Recht zur Bestellung von Liquidatoren dem Aufsichtsrat überträgt. Vgl. § 295 HGB.

§ 69.

Stellung der Liquidatoren im Konkurse; Kündigung des Konkursverwalters; Pflicht der Liquidatoren zur Einreichung der Gesellschafterlisten trotz dieser Kündigung. KG. 1. 10. 15, JDR. 15 § 69 auch DNotV. 17, 463, OLG. 34, 365.

§ 70.

BauersZ. 24, 70. Eine Klage eines einzelnen Gesellschafters gegen den Liquidator, der die Liquidation lässig oder gar nicht betreibt oder unnötigerweise neue Geschäfte abschließt, gibt es nicht. Nach § 70 hat der Liquidator zwar die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der Ges. zu erfüllen, die Forderungen einzuziehen und das GesVermögen in Geld umzusetzen. Allein diese Obliegenheiten hat der Liquidator nur im Verhältnis zur Ges. und dieser gegenüber würde er sich verantwortlich machen, falls er ein Verhalten annimmt, das mit den Zielen der Liquidation nicht in Einklang steht. Der einzelne Gesellschafter ist nicht in der Lage, Pflichtverletzungen des Liquidators im Klagewege zu rügen und von ihm die Erfüllung seiner Aufgaben zu fordern.

§ 74.

1. AG. Durlach 30. 9. 16, BadNotZ. 14, 135. Das AG. als RegGericht kann von dem bisherigen Geschäftsführer, nachdem die Vertretungsbefugnis erloschen und gelöscht ist, darnach noch die Anmeldung des Erlöschens der Firma zum Reg. verlangen.

2. Nachliquidation. a) Fortsetzung der Liquidation durch die bisherigen Liquidatoren, wenn sich eine Nachliquidation notwendig macht. KG. 17. 3. 16, JDR. 15 § 74 Ziff. 2 auch BauersZ. 24, 49, DNotV. 17, 463.

b) In dem unter a) angeführten Beschlusse hatte das KG. ausgeführt, wenn die Behauptung richtig sei, daß die Liquidatoren eine ungesetzliche Verteilung vorgenommen haben und daher der Ges. ersatzpflichtig sind, so sei in der Tat ein Vermögenswert vorhanden, der zugunsten der noch unbefriedigten GesGläubiger verwertet werden könne und müsse; diese Verwertung könne aber nur im Wege der Liquidation erfolgen, die zu diesem Zwecke ihren Fortgang nehmen müsse. Hiergegen Josef, HessRspr. 17, 135. Nach Eintragung des Erlöschens einer GmbH. ist die Bestellung eines Liquidators nur zulässig, wenn sich nachträglich Vermögen herausstellt, über das mangels vorzeitiger Beendigung der Liquidation der Liquidator hätte verfügen müssen; die bloße Möglichkeit, daß je nach dem Ausfall eines vom Antragsteller gegen die Ges. zu erhebenden Anspruchs ein Ersatzanspruch der Ges. gegen den Liquidator entstehen könnte, rechtfertigt also nicht die Wiederaufnahme der Liquidation. Insbesondere kann dieser Antrag auf Liquidatorenbestellung auch nicht auf die §§ 29, 48 BGB. gestützt werden, denn diese setzen voraus, daß infolge noch verteilbaren Vermögens die Ges. noch fortbesteht; ein Ersatzanspruch der Ges. gegen ihren Liquidator, der erst dann entsteht, wenn die Forderung des Gläubigers sich als berechtigt erweist, besteht aber zur Zeit noch nicht. — Vgl. auch DNotV. 14, 572; 15, 810; 16, 585; 17, 462.

§ 75.

RG. 9./30. 1. 17, R. 17 Nr. 483. Der § 75 GmbHG. zählt die Nichtigkeitsgründe abschließend auf; der Vorschrift des § 75 muß der § 139 BGB. weichen. — Ebenso **RG.** 7. 3. 16, HoldheimsMSchr. 17, 152.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 78.

Josef, HoldheimsMSchr. 17, 176. Nach § 78 sind die Anmeldungen durch die Geschäftsführer zu bewirken; betrauen diese hiermit einen Notar, so bewirkt dieser folglich die Anmeldung im Namen der Geschäftsführer. Andererseits werden aber Vertragsgenossen des so beauftragten Notars und Schuldner der durch die Eintragung entstehenden Gerichtskosten nicht die Geschäftsführer, sondern die GmbH.; denn die Geschäftsführer sind nach §§ 35, 36 nur die rechtsgeschäftl. bestellten Vertreter der Ges. Der Notar, der, wenn er die Abänderung des GesVertrags beurkundet hat, nach § 129 FGG. als gesetzlich ermächtigt gilt, die Eintragung der Abänderung im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten zu beantragen, genügt folglich dem Ges. auch dann, wenn er dem RegGericht erklärt, daß er im Auftrag der Ges. die Anmeldung bewirke.

§ 82.

Ziff. 1. a) **RG.** 3. 11. 16, **RG.** (Straff.) 49, 340, OLG. 34, 359 Anm., R. 17 Nr. 149. Auch wenn nur über den Wert der Sacheinlage falsche Angaben (Versicherung, gewisse Patentrechte seien zum Werte von 240000 M. eingebracht worden) gemacht werden, ist § 82 Ziff. 1 anwendbar. Hiergegen

b) Smoschewer, JW. 17, 188. Mag man die Angaben über die Sacheinlagen mit der ständigen Rechtspr. des RG. der Anmeldepflicht der §§ 7, 8 GmbHG. unterwerfen oder sie mit Hachenburg (JW. 15, 1418) von dieser Pflicht ganz ausnehmen, so erstreckt sich die Versicherung über die Sacheinlagen doch keineswegs auf deren Wert. § 5 schreibt nur vor, daß im GesVertrag der Geldwert, für den die Sacheinlage angenommen wird, festgesetzt sein muß. §§ 7 und 8 sprechen von dem Wert der Sacheinlagen überhaupt nicht. Die Versicherung ist nur dahin abzugeben, daß die Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. § 82 spricht nur von Einzahlungen auf die Stammeinlagen und kann jedenfalls über den Rahmen der §§ 7, 8 nicht ausgedehnt werden.

§ 84.

1. Voraussetzung für die Pflicht zur Stellung des Konkursantrags; Irrtum. **RG.** 16. 3. 17, JW. 17, 607, LeipzZ. 17, 797, R. 17 Nr. 1209, 1210. Entscheidend für die Pflicht des Geschäftsführers zum Antrag auf Konkurseröffnung ist allein der Umstand, daß sich aus der ordnungsgemäß aufgestellten Bilanz eine Überschuldung ergibt. Auf den Bestand der eingestellten Schulden kommt es nicht an. Aus RG. (Straff.) 44, 48 ist etwas anderes nicht zu entnehmen. Dort wird nur zutreffend ausgeführt, daß nach § 64 nicht erfordert werde, die Bilanz müsse rechnerisch mit einem Passivsaldo abschließen und daß eine vorschriftswidrig aufgemachte Bilanz, in der unrichtige Posten auf die Aktiv- statt auf die Passivseite gesetzt seien und die aus diesem Grunde mit einem Aktivsaldo abschließe, gleichwohl die Voraussetzung für Entstehung der Pflicht schaffe. Es genüge vielmehr, daß die unrichtige Einstellung ohne weiteres erkennbar und folglich aus den Posten der Bilanz selbst trotz des falsch gezogenen Saldos ersichtlich sei, daß eine Überschuldung vorliege. Liegt der Nachweis der Überschuldung durch eine ordnungsgemäß aufgestellte Bilanz vor, so ist die Voraussetzung für die Pflicht, den Konkurs zu beantragen, für den Geschäftsführer objektiv gegeben und sie kann hinterher nicht wegfallen, wenn sich schließlich in einem Rechtsstreit über den Bestand und die Höhe der ordnungsgemäß in die Bilanz eingesetzten Forderungen ein anderes Ergebnis des Vermögensstandes herausstellt.

Ein Irrtum des Angeklagten darüber, ob die Verpflichtung aus § 64 vorgelegen hat oder nicht, stellt nur einen Irrtum über den Inhalt des mit Strafdrohung ausgestatteten Gebotes, also über das Gebotensein der Handlung dar und vermag den Angeklagten nicht zu entschuldigen. — Zustimmend Hachenburg, JW. 17, 607. Es klingt hart, daß der Geschäftsführer wegen Unterlassung der Konkursanmeldung bestraft wird, wenn in Wahrheit keine Überschuldung vorliegt. Er ist aber auch durch die in gutem Glauben errichtete Bilanz gedeckt, wenn später die Nachprüfung die Unrichtigkeit ergibt. Interessant ist, daß anscheinend nach der Meinung des RG. die Pflicht zur Konkursanmeldung wegfällt, wenn der Geschäftsführer weiß, daß die Bilanz falsch ist und einzelne Passivposten zu Unrecht eingestellt sind. Auch das entspricht dem umgekehrten Falle, daß der Konkurs beantragt werden muß, wenn die Endziffern der Bilanz zwar eine Ausgleichung der Aktiven und Passiven ergeben, der Geschäftsführer aber erkennt, daß auf der einen oder anderen Seite unrichtige Posten stehen. Ja es genügt auch, wenn er sich zwar dessen nicht bewußt ist, aber es nur eines Blickes in die Bilanz bedarf, die Unrichtigkeit der Bilanz und damit die Überschuldung zu erkennen. — Hiergegen BauersZ. 24, 202.

2. Konkursanmeldungspflicht; Sanierungsmaßregeln. **RG.** 3. 11. 16, LeipzZ. 17, 126, R. 17 Nr. 149. Der Glaube des Angeklagten, die Zahlungsunfähigkeit vielleicht dadurch wieder beseitigen zu können, daß er sich nach wie vor um Geldmittel für die Ges. bemüht, entbindet ihn nicht von der gesetzl. Verpflichtung, auf Grund der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Konkurses zu beantragen.

Anhang: Stempel- und Steuerrecht.

A. Stempelrecht. Im Ausland beurkundete Anteilsveräußerung. **RG.** 12. 5. 16, BauersZ. 24, 158. Wenn Geschäftsanteile einer inländ. GmbH. durch eine ausländ. Vertragsurkunde abgetreten werden, so ist ein solcher Vertrag von vornherein zur Verwendung im inländ. Rechtsverkehr, zur Wirkung im Inland bestimmt; der durch ihn begründete Rechtserwerb gehört nach seinem Gegenstande von vornherein dem Schutzbereich der deutschen Gesetze an und daraus ergibt sich, ohne daß es des Hinzutritts weiterer Umstände bedarf, das die Erhebung des deutschen Stempels innerlich rechtfertigende Verhältnis. Während also in den Fällen der Tarif Nr. 1 Aa, b und c RStempG. v. 3. 7. 13 Anlaß zu der sich aus den dortigen „Anmerkungen" ergebenden Unterscheidung zwischen inländischen und ausländischen Urkunden bestand, war das bei der Tarifvorschrift e Nr. 1 nicht der Fall, und aus dem Umstande, daß in dieser Vorschrift nichts Besonderes über ausländ. Urkunden bestimmt ist, folgt nicht, daß sie ihr nicht unterliegen, jedenfalls dann, wenn es sich dabei um Gesellschaftsvermögen einer inländ. Ges. handelt.

B. Steuern. 1. Vermögenszuwachssteuer. Hachenburg, JW. 17, 12. „Die Vermögenszuwachssteuer und die GmbH." gibt eine eingehende Auslegung des § 10 Kriegssteuergesetzes.

2. Einkommensteuer. a) Der Verlust einer GmbH. in seiner Wirkung auf die EinkSteuer der Gesellschafter in Preußen. PrOVerwG. 49, 26, BauersZ. 24, 104.

b) BauersZ. 24, 193. Die Besteuerung der Gesellschafter einer aufgelösten GmbH., die das Geschäft der letzteren in off. HGes. fortsetzen.

c) PrOVerwG. 6. 7. 16, BauersZ. 24, 194. Die von einer GmbH. geführten Geschäftsbücher sind Handelsbücher; die EinkErmittlung eines Gesellschafters hat deshalb nach § 9 Ziff. 3 EinkStG. zu erfolgen.

d) PrOVerwG. 27. 3. 16, BauersZ. 24, 195. Für die EinkErmittlung eines Gesellschafters ist der nur für nichtphysische Personen maßgebende § 9 Ziff. 6 EinkStG. nicht anzuwenden.

e) PrOVerwG. 6. 1. 16, BauersZ. 24, 194. Bezieht der Steuerpflichtige aus seiner Beteiligung an einer GmbH. und aus anderen Quellen Einkommen, dann ist die Anwendung des § 51 KomAbgG. ausgeschlossen.

f) PrOVerwG. 9. 11. 16, BauersZ. 24, 194. Hat eine AktGes. es vertraglich übernommen, auf ihrem Grundbesitz Arbeiterhäuser zu errichten und diese einer GmbH. zur ausschließl. Benutzung für deren Arbeiter zu überlassen, während die GmbH. die für den Bau aufgewendeten Summen in bestimmter Höhe zu verzinsen hat, dann dienen die Grundstücke nicht dem Gewerbebetrieb der AG., selbst wenn diese sämtliche Anteile der GmbH. besitzt oder letztere etwa ihre Tochtergesellschaft ist. Die GmbH. ist eine selbständige Gesellschaft; das Einkommen aus den vermieteten Häusern ist für sie Einkommen aus Grundvermögen.

g) PrOVerwG. 19. 10. 16, BauersZ. 24, 194. Die Beteiligung einer AG. an einer GmbH. ist hinsichtlich der GemEinkStPflicht stets als ein selbständiges gewerbliches Unternehmen zu behandeln, auch dann, wenn die AG. alle Geschäftsanteile der GmbH. besitzt und wenn tats. der Gewerbebetrieb der GmbH. nur eine Form der gewerblichen Tätigkeit der AG. als ihres einzigen Gesellschafters bildet.

h) PrOVerwG. 30. 3. 16, BauersZ. 24, 194. Kein Grundstückshandel einer nur ein einziges Grundstück besitzenden GmbH., auch wenn dessen ungeteilte Verwertung Gegenstand des Unternehmens der GmbH. ist.

i) PrOVerwG. 5. 10. 16, BauersZ. 24, 194. Das Eink. eines Gesellschafters aus seiner Beteiligung an einer GmbH. beschränkt sich nicht auf die bar gezahlte Dividende, sondern begreift auch die zur Reservenbildung, Schuldentilgung verwendeten Beträge.

Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Schrifttum: Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft, Tübingen 1916 (Besprechung durch Leist, vgl. GoldschmidtsZ. 80, 125).

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 7.

Nachträgliche Begründung anderer als Geldzahlungspflichten s. § 43.

§ 8.

Stuttgart 20. 3. 17, R. 17 Nr. 916. Ist im Statut den Genossen eine Leistungspflicht unter Strafandrohung auferlegt, dann ist die Strafe nicht ohne weiteres mit der Zuwiderhandlung, sondern erst, wenn der Genosse in Verzug kommt, verwirkt.

§ 15.

Erfordernis der Beitrittserklärung neben dem Erwerb eines Geschäftsanteils. Dresden 15. 5. 16, OLG. 34, 355, SächsOLG. 38, 126, SeuffA. 72, 195. § 76 GenG., der seinen Platz in dem vom Ausscheiden einzelner Genossen handelnden Abschnitt des Ges. hat, will nicht einen anderen Weg der Erwerbung der Mitgliedschaft eröffnen, sondern besagt nur, daß die Übertragung des Geschäftsguthabens an einen Nichtgenossen nur statthaft ist, sofern dieser Genosse wird, d. h. die Mitgliedschaft nach den Bestimmungen des Ges., also nach § 15 erwirbt. Auch in diesem Falle erwirbt der zum Zweck, nicht infolge des Erwerbes eines Geschäftsguthabens des bisherigen Genossen neu eintretende Genosse nicht dessen Mitgliedschaft, sondern eben sein Geschäftsguthaben. Es ist auseinanderzuhalten der auf einem Vertrag zwischen der Genschaft und dem sich zur Aufnahme meldenden Mitglied beruhende Beitritt und das Vertragsverhältnis zwischen dem alten und neuen Genossen, das die Übertragung des Geschäftsguthabens zum Gegenstand hat. Der Annahme, daß der Beitrittsvertrag durch das Abtretungsgeschäft und dessen Gültigkeit bedingt sei, steht die ausdrückliche und zwingende Vorschrift

des § 15 entgegen, wonach die Beitrittserklärung die Abhängigmachung von einer Bedingung nicht verträgt.

§ 16.

1. Prüfungsrecht des Registerrichters. KG. 1. 12. 16, DNotV. 17, 464, GenBl. 17, 7, OLG. 34, 348, R. 17 Nr. 1321, RJA. 15, 140, ZBlFG. 18, 80, 132. Die Frage, ob der RegRichter das Recht und die Pflicht hat, die formelle Ordnungsmäßigkeit der Einberufung der GenVers. nachzuprüfen, ist strittig. Das KG. bleibt bei der Auffassung, daß der RegRichter wegen eines Mangels, der einen im Reg. einzutragenden Beschluß nicht nichtig, sondern nur anfechtbar macht, die Eintragung nicht mehr ablehnen darf, wenn die Anfechtungsfrist verstrichen ist, ohne daß die Anfechtungsklage erhoben ist. Läuft die Frist noch, so hat das RegGericht zwar weder Recht noch Pflicht, derartigen Mängeln nachzuspüren und seine Ermittlungen auf Vorgänge auszudehnen, die der Vorstand ihm nicht kraft ausdrückl. gesetzl. Vorschrift offen zu legen braucht. Kommt aber ein die Anfechtbarkeit begründender Mangel durch die Anmeldung selbst zur Kenntnis des Gerichts, so hängt es von den Umständen des Falles ab, ob der RegRichter dem Eintragungsantrag stattzugeben hat oder nicht. Ist in der GenVers. mit Rücksicht auf die Formwidrigkeit von einem Genossen Widerspruch erhoben worden und demzufolge die Anfechtung wahrscheinlich, so wird das Gericht die Eintragung nicht vor Ablauf der Frist vornehmen und im Falle der Anfechtung das Verfahren nach § 127 FGG. aussetzen, falls es nicht auf Grund eigener Prüfung nunmehr ohne weiteres zur Ablehnung des Antrags gelangt.

2. Dresden 23. 9. 16 (s. JDR. 15 § 16) auch DNotV. 17, 464, SächsOLG. 37, 358, ZBlFG. 17, 357.

3. Abänderung des Statuts durch nachträgl. Begründung anderer als Geldzahlungspflichten s. § 42.

4. Abänderung des Statuts durch Herabsetzung der Zahl der Geschäftsanteile s. § 133.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 17.

Haftung des einer Darlehensgenossenschaft von einem Genossen gegebenen Sicherheitswechsels für Bereicherungsansprüche. KG. 30. 3. 16, LeipzZ. 17, 219. Vgl. WO. Vorbem. Ziff. 3.

§ 22.

Herabsetzung der Zahl der Geschäftsanteile, mit der die Genossen sich beteiligen können. Vgl. § 133.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24.

1. Mangelnde Vertretungsbefugnis eines vom Aufsichtsrat vorläufig entlassenen Vorstandsmitgliedes einer Genossenschaft. Dresden 27. 6. 16, OLG. 34, 350, SächsRpflA. 17, 135. Der vom Aufsichtsrat der Genschaft verfügten Entlassung eines Vorstandsmitgliedes ist jedenfalls Wirkung aus dem Gesichtspunkte einer vorläufigen Enthebung des Mitgliedes von seinen Geschäften beizumessen. Eine solche vorläufige Enthebung bringt aber die Vertretungsbefugnis des Mitgliedes ebenfalls zum Erlöschen. Diese Wirkung einer vorläufigen Enthebung besteht auch dann, wenn der Aufsichtsrat endgültige Absetzung beabsichtigt hat, bis zur Entscheidung der GenVers. und, wenn diese nicht ohne Verzug berufen wird, jedenfalls bis zum Ablauf der aus § 46 GenG. sich ergebenden mindestens einwöchigen Frist. Ob die Nichtberufung der GenVers. den Enthebungsbeschluß nach Ablauf der Frist des § 46 seiner Wirksamkeit entkleidet, war hier nicht zu entscheiden. Zum mindesten würde aber die Wirksamkeit des Beschlusses nur für die Zeit nach Ablauf der Frist wegfallen; nicht aber würde der Enthebungsbeschluß als

von vornherein unwirksam anzusehen sein. Auch einer späteren Aufhebung des Enthebungsbeschlusses durch die GenVers. oder durch Richterspruch ist nicht die Bedeutung beizumessen, daß das Vorstandsmitglied nun während der Zwischenzeit rückwärts wieder in jeder Beziehung als vollberechtigtes Vorstandsmitglied angesehen werden müßte; vielmehr ist der Enthebungsbeschluß — mag auch seine rechtl. Geltung sich zunächst bis zur Entscheidung der GenVers. oder des Richters in einem Schwebezustand befinden — doch im Verhältnisse zwischen der Genschaft und dem Genossen einstweilen als wirksam zu behandeln.

2. Enthebung eines ausgeschlossenen Genossen von dem Amte eines Vorstandes. **RG.** 26. 9. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 68.

3. Gesamtvertreter, Fuchs, ZBlFG. 17, 457. Vgl. § 125 Abs. 2 HGB.

§ 28.

Eintrag eines Genossenschaftsbeschlusses; Ablehnung wegen Anfechtbarkeit nach Ablauf der Anfechtungsfrist. KG. 1. 12. 16, vgl. Ziff. 1 zu § 16.

§ 34.

RG. 2. 2. 17, LeipzZ. 17, 979, PosMSchr. 17, 18, R. 17 Nr. 476. An der Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder ändert es nichts, ob das Amt entgeltlich oder unentgletlich ausgeübt wird und ob die Genossenschaft eine Wohltätigkeitsveranstaltung ist oder Erwerbszwecke verfolgt.

§ 42.

RG. 4. 5. 17, GenBl. 17, 405. Aus § 42 in Verb. mit §§ 24, 25 ergibt sich als Wille des Gesetzgebers, daß die Möglichkeit der Vollmachtsgewährung nicht dazu führen kann, die Tätigkeit des Vorstandes ganz oder zum wesentlichen Teil auszuschalten und daß dem Bevollmächtigten mit Wirkung für die Genschaft nur einzelne Geschäfte oder ein erkennbar abgegrenzter Teil von Geschäften übertragen werden kann.

§ 43.

1. Zwei sich widersprechende Beschlüsse einer und derselben Generalversammlung über den gleichen Gegenstand. Breslau 5. 10. 15, OLG. 34, 351. Die Gültigkeit der Beschlüsse ist davon abhängig, daß die GenVers. ordnungsmäßig berufen ist und die Beschlüsse auf der Tagesordnung standen. Ist durch einen Beschluß der Antrag auf Auflösung der Genschaft abgelehnt worden und hat der Vorsitzende im Anschluß an diesen Beschluß festgestellt, daß die Genschaft weiter bestehen bleibe, dann ist die Tagesordnung für diese Versammlung erschöpft. Wenn das Ergebnis auch einen neuerlichen Auflösungsantrag nicht ausschließt, so kann darüber nur in einer weiteren Versammlung unter Wahrung des § 46 neu beschlossen werden. Dem läßt sich nicht entgegen halten, daß dieselben 14 Genossen, die von Anfang an an der Versammlung teilnahmen, auch bei der Fassung des zweiten Beschlusses (auf Auflösung) mitgewirkt hätten, und daß somit durch die erneute Abstimmung weder die Rechte der erschienenen noch die der nicht erschienenen Genossen verletzt worden seien, da diese sich durch ihr Nichterscheinen mit allen Beschlüssen der Versammlung einverstanden erklärt hätten. Das gilt deshalb nicht, weil die Nichterschienenen davon ausgehen durften, daß ordnungsmäßig verfahren werde.

2. **RG.** 22. 6./13. 7. 17, GenBl. 17, 456, JW. 17, 972, R. 17 Nr. 1718. Die nachträgliche Begründung anderer als Geldzahlungspflichten ist zwar zulässig. Ist sie aber nicht schon in der ursprüngl. Satzung vorgesehen, so reichen die gewöhnl. Voraussetzungen der Satzungsänderung nicht aus, vielmehr muß überdies noch die Zustimmung aller Genossen, die den Beschluß nicht mitgefaßt haben, hinzukommen. Die Zustimmung kann vor und nach der GenVers. erklärt werden und ist an eine Form nicht gebunden.

§ 48.

RG. 2. 2. 17, R. 17 Nr. 477. Die dem Vorstand in der GenVers. erteilte Entlastung richtet sich dem Umfang nach nach den der GenVers. unterbreiteten Vorlagen (Bilanz

und Jahresrechnung); denn da die GenVers. zu einer selbständigen Untersuchung der Tätigkeit der Verwaltung außerstande ist, darf die Entlastung nur auf das bezogen werden, was ihr in erkennbarer Weise mitgeteilt wurde. Das gilt auch für die AG. Ebenso **RG.** 6. 2. 17, s. Ziff. I, 2 zu § 260 HGB.

§ 51.

1. Nichtigkeitsklage gegen einen Genschaftsbeschluß. Einfluß des Ausschlusses eines Genossen auf seine Teilnahme an Genschaftsversammlungen, wenn er zugleich Vorstandsmitglied war und der Ausschluß nachträglich gerichtl. für unberechtigt erklärt ist, es auch an einem wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses fehlt. **RG.** 26. 9. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 68.

2. Anfechtungsberechtigte. Breslau 5. 10. 15, OLG. 34, 351. Zur Anfechtung eines GenVersBeschlusses ist berechtigt, wer dem Beschluß rechtzeitig widersprochen hat. Daß dieser Widerspruch nicht zu Protokoll erklärt worden ist, ist unerheblich. Denn trotz des Wortlautes des § 51 genügt es, wenn der Genosse seine Erklärung der GenVers. gegenüber als Rechtsverwahrung und so deutlich abgibt, daß ein gewissenhafter Protokollführer sich verpflichtet fühlen muß, die Erklärung in das Protokoll aufzunehmen.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 68.

1. Beschreitung des Rechtswegs, solange nicht die GenVers. entschieden hat. Breslau 23. 11. 15, OLG. 34, 352. Wenn nach der Satzung für den ausgeschlossenen Genossen die Anrufung des Gerichts erst zulässig ist, nachdem er den in der Satzung gewiesenen Weg der Anfechtung des Ausschlusses durch Anrufen der GenVers. erfolglos beschritten hat, und wenn der Genosse gleichwohl schon vorher Klage erhoben hat, so kann der der Klage anhaftende Mangel im Laufe des Verfahrens nachträglich geheilt werden. Hat der Ausgeschlossene sich mit Beschwerde an die GenVers. gewandt, hat aber der Vorstand die Beschwerde gar nicht auf die Tagesordnung gesetzt und sich deshalb die Versammlung gar nicht mit der Beschwerde des Ausgeschlossenen beschäftigt, dann ist gleichwohl der Ausgeschlossene zum Beschreiten des Rechtswegs noch nicht berechtigt. Richtig mag vielleicht sein, daß die Anrufung des Gerichts zuzulassen sein wird, wenn die GenVers. die ihr unterbreitete Beschwerde aus irgendwelchen Gründen beiseite geschoben hat; denn dann drückt sie damit wohl aus, daß sie auf das ihr zustehende Recht verzichtet. Anders aber, wenn der Vorstand die Beschwerde der GenVers. gar nicht unterbreitet hat; hier läßt sich von einem Verzicht der GenVers. nicht sprechen. Doch ist im letzten Falle dem Ausgeschlossenen eine Klage gegen die Genschaft gegeben entweder auf Einberufung einer außerordentl. GenVers. zur Entscheidung über die Beschwerde, oder darauf, daß die Beschwerde auf die Tagesordnung der nächsten ordentlichen GenVers. gesetzt werde. Der Genosse ist also dann nicht auf den § 51 angewiesen, sondern er kann eine gewöhnl. an die Schranken des § 51 nicht gebundene Klage erheben.

2. **RG.** 26. 9. 16, GenBl. 17, 355, GruchotsBeitr. 61, 326, HoldheimsMSchr. 17, 139, LeipzZ. 17, 336. Der Eintritt der in § 68 Abs. 4 festgesetzten Wirkung hängt von dem tatsächl. Vorliegen eines rechtmäßigen Grundes zur Ausschließung nicht ab und die Wirkung wird auch nicht etwa bei erfolgreicher Anfechtung des Ausschließungsbeschlusses rückwärts wieder beseitigt. Insbesondere ist ein vor der Wiederaufhebung des AusschlBeschlusses durch rechtskräftiges Urteil ergangener Beschluß der GenVers. nicht deshalb als gesetz- und satzungswidrig anfechtbar, weil der ausgeschlossene Genosse zu der GenVers. nicht zugelassen worden war. Ist der ausgeschlossene Genosse Vorstandsmitglied, so besteht, solange nicht unanfechtbar feststeht, daß die Ausschließung dauernd erfolgte und dadurch der Ausgeschlossene endgültig seines Amtes als Vorstandsmitglied verlustig gegangen ist, für die GenVers. die rechtl. Möglichkeit, ihn auch noch besonders dieses Amtes zu entheben. Gerade weil er im Falle der erfolgreichen

Anfechtung des AusschlBeschlusses wieder Vorstandsmitglied sein würde, muß die GenVers. schon vorher in der Lage sein, von ihrem Rechte der Amtsenthebung Gebrauch zu machen, um auf diese Weise die ihr nicht genehme Fortsetzung seiner Amtstätigkeit zu verhindern. Nach § 24 Abs. 3 ist die Bestellung eines Vorstandsmitglieds jederzeit widerruflich, so daß von einer Pflicht der GenVers., die Beschlußfassung über die Amtsenthebung bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit seiner Ausschließung als Genosse auszusetzen, nicht die Rede sein kann. Beschließt aber die GenVers. Amtsenthebung vorher, so handelt sie ganz dem § 68 Abs. 4 entsprechend, wenn sie die Teilnahme des Ausgeschlossenen ablehnt.

3. Darf das Gericht bei der Klage eines Genossen gegen die Ausschließung nur die protokollierten Ausschließungsgründe prüfen? Posen 2. 6. 16, FDR. 15 § 68 auch OLG. 34, 354.

§ 76.

Erfordernis der Beitrittserklärung bei Erwerb eines Geschäftsanteils seitens eines Nichtgenossen. Dresden 15. 5. 16. Vgl. § 15 GenG.

§ 77.

Lade, GenBl. 17, 286 erörtert die Rechtslage, wenn Mitglieder gefallen oder vermißt sind.

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft.

§ 88.

Dresden (ohne Datum), SeuffA. 72, 327. Nachschüsse zur Abwendung des Konkurses dürfen während der Liquidation nicht erhoben werden.

§§ 105, 106.

Königsberg 9. 10. 17, PosMSchr. 17, 94. Ein Genosse, der schon vor dem Konkurs der Genschaft die Haftsumme an die Liquidatoren gezahlt hat, kann hieraus Einwendungen gegen die nochmalige Einforderung seitens des Konkursverwalters nicht erheben.

§ 133.

Form der Statutenänderung, wenn die Zahl der Geschäftsanteile, mit der die Genossen sich beteiligen können, herabgesetzt wird, aber tatsächlich jeder Genosse schon unter dem alten Statut nur einen Geschäftsanteil besaß. GenBl. 17, 247. In einem Falle dieser Art hatte das LG. als Beschwerdegericht im Gegensatz zum AG., das die Eintragung der Statutenänderung mangels der Voraussetzungen des § 133 GenG. abgelehnt hatte, entschieden, daß trotz der §§ 22, 132, 133 die Eintragung zulässig sei. Die erwähnten Vorschriften sollten ersichtlich nur die Möglichkeit einer etwaigen Benachteiligung der Gläubiger verhüten. Von einer Benachteiligung der Gläubiger durch Herabsetzung der Haftsumme könne aber keine Rede sein, wenn, wie hier, eine tatsächl. Herabsetzung der Haftsumme deshalb ausgeschlossen sei, weil kein Genosse mehr als einen Geschäftsanteil besitze, also auch nach dem neuen Statut in einem Umfang hafte, wie es unter dem alten der Fall war. Gegen diese Ansicht GenBl. 17, 247: für die Beobachtung des im Ges. vorgeschriebenen Verfahrens komme es nicht darauf an, ob tatsächlich der Geschäftsanteil, die Haftsumme und die Einzahlungen herabgesetzt werden, sondern ob die entspr. Satzungsbestimmungen geändert werden sollen.

§ 140.

Pflicht zur Anmeldung des Konkurses. Vgl. §§ 147, 148.

§§ 147, 148.

Verhältnis zur KO.; Pflicht zur Anmeldung des Konkurses. **RG.** 12. 10. 16, RG. (Strafs.) 50, 151, JW. 17, 109, LeipzZ. 17, 126, R. 17 Nr. 150. § 147 will an den Straf-

normen der KO. nichts ändern, insbes. nicht die in der KO. vorgesehene Strafbarkeit fahrlässiger Handlungen aufheben. Zum Antrag auf Konkurseröffnung sind die Vorstandsmitglieder nach § 140 Satz 2 nur dann verpflichtet (anders die Vorstände einer AG. nach § 240 HGB.), wenn sich eine ein Viertel des Betrags der Haftsummen aller Genossen übersteigende Überschuldung aus der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt. Liegt zu der maßgebenden Zeit wohl Überschuldung in der vom Ges. geforderten Höhe, dagegen nicht deren Ersichtlichkeit aus der Bilanz vor, so fehlt es an einem Tatbestandsmerkmal des § 148 Abs. 1 Ziff. 2. Die Meinung, daß es nur darauf ankomme, ob eine ordnungsmäßige Bilanz Überschuldung ergeben hätte, ist mit dem Ges. unvereinbar. Freilich ist nicht zu verkennen, daß hiernach aus § 148 auch solche Vorstandsmitglieder nicht bestraft werden können, die geflissentlich eine wahre Bilanz nicht aufstellen. Ob das Ges. bei vorsätzl. Handeln wirklich zu dieser Folgerung zwingt, ist nicht zu erörtern; bei fahrl. Handeln kann die Folgerung keinem Bedenken unterliegen. Denn für die Bilanzverschleierung und die Nichtaufstellung der Bilanz ist in §§ 240, 241 KO. eine höhere Strafe angedroht als für die Unterlassung des Konkursantrags in § 148, und da ohnehin, wenn die letztere auf dem ersteren Vergehen beruht, Tateinheit vorliegen würde, so wäre nur aus § 240 KO. zu bestrafen.

Wechselordnung.

Vorbemerkung.

1. **RG.** 1. 12. 16, HoldheimsMSchr. 17, 148, JW. 17, 290, R. 17 Nr. 165. In der Stundung des Kaufpreises gegen Wechsel liegt eine bedingte Stundung. Gibt deshalb der Käufer das Akzept nicht zu der bedungenen Zeit, so fällt die Bedingung der Stundung fort und der Verkäufer kann dann Barzahlung verlangen, ohne daß die besonderen Voraussetzungen des Verzugs, insbesondere eine Mahnung vorzuliegen brauchen. Allerdings zieht nach Treu und Glauben nicht jede, auch die unbedeutendste Verzögerung der Hingabe eines Akzeptes unter allen Umständen den Verlust des Anspruchs auf Zahlung gegen Wechsel nach sich.

2. Einfluß der Ausstellung eines Kundenakzeptes auf die Einklagung des Kaufpreises. Dresden 29. 2. 16, OLG. 34, 374, SeuffA. 72, 333. Kl. hat 1914 auf die der Bekl. gelieferten Waren ein Akzept des K., das die Bekl. ausgestellt und auf den Kl. giriert hat, zahlungshalber angenommen und an die Firma H. weiter giriert, aber von dieser ohne Protesterhebung 1915 zurückerhalten. Die Bekl. verweigert den eingeklagten Kaufpreis, weil sie zur Zahlung nur gegen Rückgabe des Wechsels mit einer Protesturkunde verpflichtet sei. Dieser Einwand ist unbegründet. Allerdings kann der Verkäufer, der einen Wechsel in Zahlung nimmt, auf die Kaufpreisforderung nicht zurückgreifen, wenn er die Wechselvaluta behalten oder den Wechsel seinem Geber nicht so zurückgeben kann, daß dieser gegen die daraus verpflichteten Personen vorzugehen in der Lage ist. Auch war der Kl., der den Wechsel durch Weiterbegebung verwertet und den Protest nicht erlassen hat, als Indossant zur Einlösung des nicht protestierten Wechsels kraft Wechselrecht nicht verpflichtet. Hieraus folgt aber nicht, daß er die Wechselvaluta behalten darf und daher aus dem Wechsel eine Deckung erlangt hat, die ihm nicht wieder entrissen werden kann. Er hat den Wechsel annehmbar zahlungshalber weiter begeben und muß sich deshalb aus dem der Wechselbegebung unterliegenden Rechtsverhältnisse den Rückgriff seines Indossatars gefallen lassen, weil dieser aus dem Akzept keine Befriedigung erlangt hat. Sonst hätte er ohne Protest, dessen Erhebung ohne sein Verschulden vom Nachmanne versäumt worden ist, den Wechsel nicht zurückgenommen. Der Akzeptant, zum Heeresdienst einberufen, hatte bei Fälligkeit des Wechsels sein Geschäft aufgegeben und deshalb ist anzu-

nehmen, daß er schon damals zur Einlösung außerstande war. Ob die Firma H. den Wechsel nicht nur nicht protestiert, sondern auch nicht präsentiert hat, ist unerheblich; sie hätte keinesfalls die Wechselsumme erlangt. Zur Einklagung des Wechsels gegen den Akzeptanten war sie nicht verpflichtet. Andererseits kann der Kl. den Wechsel in einem Zustand zurückgeben, der der Bekl. das Vorgehen gegen den Akzeptanten als die einzige ihr gegenüber aus dem Wechsel verpflichtete Person nicht nur aus dem Wechsel, sondern auch aus dem der Wechselannahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis gestattet. Zur Erhaltung ihres Wechselrechts gegen den Akzeptanten war die Protesterhebung des nicht domizilierten Wechsels nicht notwendig.

3. Haftung des einer Darlehensgenossenschaft von einem Genossen gegebenen Sicherheitswechsels für Bereicherungsansprüche. RG. 30. 3. 16, LeipzZ. 17, 219. Ein von dem Mitglied einer Darlehensgenossenschaft der Genossenschaft „zur Sicherung für alle Verpflichtungen, die er als Genosse eingehen würde" gegebener Wechsel soll zur Sicherung aller Ansprüche dienen, die der Gen. aus dem rechtsgeschäftl. Verkehr mit dem Genossen erwachsen; also haftet der Wechsel nicht nur für die rechtsgeschäftl., sondern auch für etwaige gesetzl. Verpflichtungen, die sich ergeben, falls das eine oder andere Rechtsgeschäft in diesem Verkehr wegen Formmangels oder aus einem anderen Grunde unverbindlich sein sollte. Denn nur bei solcher Auslegung kann ein vorwiegend mit Kreditgewährung befaßtes Institut die hinreichende Sicherheit durch Sicherheitswechsel erreichen. Demnach haftet der Wechsel auch für etwaige aus dem Geschäftsverkehr hervorgegangene Bereicherungsansprüche.

Art. 4.

1. Nichtübereinstimmung der Namensschrift mit dem Vordruck. **RG.** 10. 10. 16, LeipzZ. 17, 206. Der Bekl. Paul Sch., Mitglied und alleiniger Geschäftsführer der GmbH. „Paul Sch. Maschinenfabrik GmbH.", bestreitet Akzeptant zu sein; aus der Tatsache, daß das zu dem Wechsel benutzte Formular an der linken Querseite den Vordruck der genannten Firma und darunter, durch zwei gedruckte parallele Striche getrennt, die Worte „Paul Sch." aufweist, will er auf die GmbH. als Akzeptantin geschlossen wissen. Zu Unrecht. Ob eine Namensschrift sich mit einem darüber stehenden Vordruck zu einem Ganzen vereinigt oder ob sie selbständig für sich gewürdigt werden muß, ist Tatfrage, die hier mit Rücksicht auf die Trennungsstriche im letzteren Sinne zu beantworten ist. Der Vordruck bildet hier keinen Teil des Akzeptes. Zur Unterstützung dieser Ansicht läßt sich auch die Adresse des Wechsels verwerten, die den Bekl. persönlich als Bezogenen nennt. Es ist unwahrscheinlich, daß der Bekl., ein im Geschäftsleben stehender Mann, einen auf ihn selbst gezogenen Wechsel Namens einer Gesellschaft hätte akzeptieren wollen.

2. Unklare Abkürzungen über der Unterschrift des Ausstellers. Dresden 10.11.14, OLG. 35,1. Das LG. hat ausgeführt, die Abkürzung: „O. O." über der Ausstellerunterschrift könne sowohl „ohne Obligo" als auch „ohne Order" heißen. Die letztere Auslegung ist gleichfalls möglich, wenn auch der Text des Wechsels die Worte an eigene Order enthält. Die Unklarheit darüber, was die Abkürzung bedeute, macht den Wechsel ungültig. Vgl. Art. 14.

Art. 9.

RG. 6. 6. 16; 88, 291. Da Forderungen aus Wechseln ohne den Besitz des Papiers nicht geltend zu machen sind, können sie auch nur unter Übergabe des Wechsels wirksam übertragen werden.

Art. 14.

Wechsel an eigene Order mit dem Vermerk des Ausstellers „ohne Obligo". Dresden 10. 11. 14, OLG. 35, 1. Das RG. 37, 145 hat zwar einen Wechsel an eigene Order, der über der Ausstellerunterschrift die Bemerkung „ohne Obligo" trägt, als gültig angesehen. Aber die gegenteilige Meinung, die auch von Staub, Grünhut, Lehmann vertreten wird, rechtfertigt sich aus Art. 4 Ziff. 5, Art. 7—8 WO.

Art. 36.

1. RG. 10. 10. 16, R. 17 Nr. 1909. Bestreitet der Wechselschuldner die Wirksamkeit eines für eine Handelsgesellschaft ausgestellten Indossaments, so muß er beweisen, sowohl daß der das Indossament Ausstellende keine Befugnis hatte, die Handelsges. zu vertreten, als auch daß dies dem Indossatar bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war.

2. RG. 10. 10. 16, BauersZ. 24, 119, LeipzZ. 17, 206. Da die Gesamtvertreter einer GmbH. berechtigt sind, einem von ihnen selbst oder auch einem Dritten für ein einzelnes Geschäft (z. B. eine Wechselunterschrift) Vollmacht zu erteilen, so macht sich der Erwerber eines Wechsels trotz Kenntnis der Personen der Geschäftsführer keiner groben Fahrlässigkeit schuldig, wenn er einen nur von einem der Gesamtvertreter unterzeichneten Wechsel ohne nähere Prüfung im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der Unterschrift annimmt.

Art. 41.

1. Örtliches Recht (für die Regreßpflicht). KG. 22. 5. 16, OLG. 35, 2. Ausländische Wechselverpflichtete, die einen in Deutschland ausgestellten und zahlbaren Wechsel in Deutschland zeichnen, unterwerfen sich dadurch nicht nur dem deutschen Gerichtszwang, sondern auch dem deutsch. Recht. Ein abweichender Wille muß in einer für jeden Nehmer des Wechsels erkennbaren Weise zum Ausdruck kommen.

2. Kein Regreßanspruch der Avalisten. KG. 15. 6. 16, OLG. 35, 3. Der Avalist erlangt durch seine Unterschrift keine Wechselrechte, sie begründet für ihn wechselmäßig nur Verpflichtungen; auch das Verhältnis des Avalisten zu dem Hauptzeichner, für den er avaliert hat, ist kein wechselrechtliches. Der Avalist erlangt deshalb durch die ihm vermöge des Avals obliegende Einlösung des protestierten Wechsels im Regreßwege nicht die Berechtigung, den Wechsel im eigenen Namen geltend zu machen. Die gegenteilige, auf § 774 BGB. gestützte Ansicht Grünhuts und Staubs geht fehl, weil der Wechselbürge nicht Bürge i. S. des BGB. ist. Auch aus § 426 BGB. (so Rehbein) kann das Regreßrecht nicht abgeleitet werden.

Artt. 50, 51.

Stuttgart 11. 7. 16, WürttJ. 28, 153. Mit der Wechselklage kann eine Schadensersatzforderung wegen Zahlungsverzugs nicht geltend gemacht werden. Artt. 50, 51 gelten auch für die Ansprüche des Trassanten gegen den Akzeptanten. Die vom Akzeptanten geschuldete Vergütung ist hiernach vom Gesetz auf gewisse feste Posten beschränkt, so daß der Wechselgläubiger auch dann, wenn er durch das Ausbleiben der zur Verfallzeit erwarteten Zahlung nach seinen individuellen Verhältnissen einen größeren Schaden erlitten hat, in seiner Eigenschaft als Wechselgläubiger einen weitergehenden Ersatz nicht beanspruchen kann.

Art. 75.

RG. 12. 12. 16, BankA. 16, 197. Wenn der Empfänger eines echten Akzeptes diesen Wechsel mit gefälschtem Akzept vervielfältigt und eine Bank einen der derart gefälschten Wechsel diskontiert und den vermeintlichen Akzeptanten vom Ankauf benachrichtigt, so haftet der daraufhin schweigende vermeintliche Akzeptant nicht ohne weiteres und zwar weder nach Vertragsgrundsätzen noch nach den §§ 823, 826 BGB.

Art. 88.

1. Kiel 20. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 110. Der Einwand der unwirksamen Protesterhebung kann auch im Nachverfahren geltend gemacht werden.

2. Kiel 20. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 110. Auch ein entschuldbarer Irrtum des einen Protest erhebenden Notars über die Geschäftsräume des Protestaten hebt die Unwirksamkeit des Protestes nicht auf.

Scheckgesetz.

Schrifttum: Waller, Scheck und Geld, BankA. 16, 136 erörtert die Frage des bestätigten Schecks.

§ 8.

1. Bedeutung eines Indossaments auf einem Inhaberscheck; Pflicht des Bezogenen zur Prüfung der Legitimation des Inhabers s. Bernstein, BankA. 16, 284. Vgl. § 14.

2. Beschränkung der Übertragbarkeit; „not negotiable" vgl. Bernstein, BankA. 16, 285. Vgl. § 14.

§ 10.

Über bestätigte Schecks vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 285; 5, 292 ff.

§ 14.

1. Entwendung von Verrechnungsschecks; Sicherungsmaßregeln hiergegen; Schadensersatzansprüche. Bernstein, BankA. 16, 284. Ein Industrieunternehmen hatte einen Verrechnungsscheck zugunsten eines benannten Empfängers oder des Überbringers ausgeschrieben; dieser Scheck war in der eigenen Expeditionsabteilung der Ausstellerin gestohlen, vom Dieb an einen Hehler verkauft, von letzterem an einen Händler in Zahlung gegeben und von dessen Bankverbindung auftragsgemäß durch Verrechnung mit der bezogenen Bank zur Einlösung gebracht worden. Ein Aufsatz im „Plutus" vom 25. 4. 17 bemüht sich, in diesem Falle eine Ersatzpflicht der bezogenen Bank gegenüber dem Aussteller für den entstandenen Schaden zu konstruieren. Der Aufsatz erkennt zwar an, daß der mit der Inhaberklausel versehene Verrechnungsscheck sich von einem sonstigen Inhaberscheck rechtlich nicht unterscheidet und daß der Zusatz „nur zur Verrechnung" den Bankier durchaus nicht zur Legitimationsprüfung dessen, mit dem er verrechnet wird, verpflichtet; gleichwohl wird eine Verpflichtung dieses Inhalts aus dem Scheckvertrag herzuleiten gesucht; der Kunde zeige dadurch, daß er den Scheck zur Verrechnung stellt, das Bestreben, den Scheck sicher an seine Bank zu leiten; er müsse nun auch darauf vertrauen können, daß seine Bank alles tue, was in ihrer Macht liegt, um ihn vor Schaden zu bewahren, und das mindeste, was er verlangen könne, sei, daß die Bank die Girofolge prüfe. Diese Ansicht ist nicht richtig. Der Gedankengang ist um so verwunderlicher, als in dem Aufsatz ausdrücklich hervorgehoben wird, daß das Giro des Inhaberschecks für die Legitimation des Inhabers ohne Belang ist und der Inhaberscheck durch das Indossament nicht etwa aus einem Inhaberpapier zu einem Orderpapier oder überhaupt zu einer legitimationsbedürftigen Urkunde gemacht wird. Wenn aber das Vorhandensein einer auf den Remittenten zurückzuführenden Indossamentenkette beim Inhaberscheck nicht Voraussetzung der Legitimation des Inhabers ist, so kann auch ihr Fehlen keinen Verdachtsgrund gegen den rechtmäßigen Erwerb des Inhabers darstellen. Der Bezogene ist (Breit, BankA. 7, 121) nicht nur nicht verpflichtet, sondern gar nicht berechtigt, die Girofolge zu prüfen. Eben weil er auf Grund des Scheckvertrags seinen Scheckkunden vor Schaden zu bewahren verpflichtet ist, darf er ihn nicht den Protest- und Regreßkosten aussetzen, die eine unbegründete Weigerung der Einlösung gegenüber einem als Inhaber hinlänglich legitimierten Besitzer des Schecks zur Folge haben würde. Übrigens bietet der im Plutus behandelte Fall vom Billigkeitsstandpunkt auch keinen Anlaß, die Begründung einer Schadensersatzpflicht des Bezogenen zu versuchen; denn da der Diebstahl in den Betriebsräumen des Bestohlenen sich ereignet hat, liegt es näher, dem Bestohlenen auf Grund seiner Verantwortlichkeit für sein Geschäftspersonal und seine Betriebseinrichtungen den Schaden aufzuerlegen. — Im Plutus wird als beste Sicherheit gegen solche Vorkommnisse empfohlen, aus dem englischen Rechte die für uns verbotene Klausel „nicht in Umlauf zu setzen" (not negotiable) zu übernehmen. Die Klausel not

negotiable schließt aber nach engl. Recht keineswegs jede Weitergabe des Schecks aus; um diese herbeizuführen, wäre es für uns auch nicht nötig, die genannte Klause einzuführen, da § 8 Abs. 1 ScheckG. bereits die Schaffung des unübertragbaren Schecks durch die Rekta-Klausel vorgesehen hat.

2. RG. 23. 11. 16, BankA. 16, 143, GenBl. 17, 39, JW. 17, 113, KGBl. 17, 15, LeipzZ. 17, 353. Der Vermerk „nur zur Verrechnung" muß zur Vermeidung seiner Nichtigkeit quer über die Vorderseite des Schecks gesetzt werden. Eine anderweite Verkehrsübung ist unbeachtlich; der parallel mit dem Text gesetzte Vermerk hat also keine scheckrechtl. Bedeutung, so daß gedachtenfalls die Einlösung des Schecks durch Zahlung geschieht.

§ 16.

1. Art der Vorlegung des Schecks an den Bezogenen. Dresden 6. 2. 14, OLG. 35, 5. Daraus, daß auf die Vorlegung die Vorschriften der WO. über die Präsentation entsprechend anzuwenden sind, folgt nur, daß die Vorlegung von Schecks an denselben Orten und zu denselben Tageszeiten zu erfolgen hat wie die Präsentation von Wechseln. Keinesfalls ist notwendig, daß die Schecks durch Protestbeamte vorgelegt werden; die Vorlegung durch Vermittlung der Post genügt.

2. Vollzug der Vorlegung. Dresden 6. 2. 14, OLG. 35, 5. Die Annahme, daß die Vorlegung erst mit der Erklärung des Bezogenen, er löse den Scheck nicht ein, beendet sei, ist unhaltbar. Der Inhaber kann nichts weiter tun, als den Scheck zur Zahlung vorlegen. Ist das innerhalb der Frist geschehen, so ist der Scheck rechtzeitig vorgelegt. Ob der Bezogene die Einlösung sofort ablehnt oder erst abwartet, ob der Aussteller Deckung schafft, ist bedeutungslos.

3. Nachträgliche Bescheinigung der Vorlegung. Dresden 6. 2. 14, OLG. 35, 5. Vorgeschrieben ist lediglich, daß die Vorlegung des Schecks innerhalb der gesetzl. Frist zu erfolgen hat. Dagegen ist die dem Nachweise der rechtzeitigen Vorlegung dienende Bescheinigung des Bezogenen an eine zeitliche Schranke nicht gebunden. Sie kann daher auch nachträglich und auch noch nach Ablauf der Vorlegungsfrist erteilt werden. Daß aus einer zeitlich unbeschränkten Zulassung der Vorlegungsbescheinigung sich Unzuträglichkeiten ergeben könnten, ist mit Rücksicht auf die §§ 17, 30 ScheckG. nicht zu befürchten. Diese Vorschriften schaffen eine Gewähr dafür, daß der Inhaber den Bezogenen in der Regel so zeitig zur Ausstellung der Bescheinigung auffordern wird, daß ihm die Möglichkeit verbleibt, entweder noch Protest zu erheben oder wenigstens noch rechtzeitig seine Vormänner benachrichtigen zu können.

4. Haftung des Nehmers wegen nicht rechtzeitiger Vorlegung des Schecks. KG. 9. 11. 14, OLG. 35, 7. Der Kl., der von der Bekl. einen Scheck zahlungshalber annimmt, hat sich aus ihm bezahlt zu machen. Nach erfolglosem Versuche darf er zwar auf die ursprüngliche Forderung, die durch die Annahme des Schecks nicht untergegangen war, zurückgreifen. Die Bekl. kann ihm aber dann entgegensetzen, daß er die Nichtbefriedigung verschuldet habe. Ebenso wie der, der einen Wechsel in Zahlung nimmt, verpflichtet sich der Empfänger eines Schecks, mit diesem ordnungsmäßig zu verfahren und haftet dem Geber für allen Schaden, der durch schuldhaftes Verhalten bei der Einziehung entsteht. Wenn der Kl. dagegen vorbringt, daß nach der Anschauung der kaufmännischen Kreise der Empfänger eines Schecks nicht verpflichtet sei, diesen innerhalb der 10tägigen Umlaufsfrist einzuziehen, so kann das Bestehen eines solchen Handelsbrauchs dahingestellt bleiben. Denn er löst nicht die Rechtsfrage, wer den Schaden zu tragen hat, wenn das Guthaben durch die nicht rechtzeitige Vorlegung verloren geht. Als Folge jenes Gebrauchs könnte nur angesehen werden, daß der Scheckgeber daraus keine Ansprüche herleiten kann, wenn er infolge der nicht rechtzeitigen Vorlegung sein Regreßrecht gegen seine Vormänner aus dem Scheck verliert. Ein Verschulden des Kl. kann darin gefunden werden, daß er den am 27. Februar fälligen Scheck noch am 20. weiter in Zahlung gab, statt ihn einzuziehen. Denn der Scheck wird in der Regel nicht weiter gegeben, sondern

alsbald eingezogen und das hätte bei dem auf einen Nebenplatz ausgestellten Scheck um so mehr geschehen sollen, als die Banken für die rechtzeitige Einziehung von Schecks an Nebenplätzen regelmäßig die Verantwortung ablehnen.

§ 23.

Fälschung von Giros auf einem Orderscheck. Dresden 31. 1. 17, SächsOLG. 38, 274. Nach den gemäß § 8 Abs. 2 ScheckG. entsprechend anwendbaren Artt. 36, 74 WO. kann der Bekl. als nach Art. 36 WO. legitimierter Inhaber nach Art. 74 WO. zur Herausgabe des Schecks selbst nur dann angehalten werden, wenn der Kl. ihm nachweist, daß er den Scheck mit dem gefälschten Giro im bösen Glauben erworben hat oder daß ihm bei dem Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Das gilt, selbst wenn man davon ausgeht, daß sich die nach § 8 Abs. 2 ScheckG. anwendbare Bestimmung des Art. 36 WO., wonach der Zahlende nicht verpflichtet ist, die Echtheit der Indossamente zu prüfen, nur auf den Wechselschuldner bezieht, nicht aber auch auf den Erwerber eines Wechsels im Wege der Diskontierung. Das Gesetz fordert in Art. 36 nicht eine Reihe von echten Indossamenten. Der falsche Schriftakt steht, was die wirksame Übertragung des Rechts aus dem Wechsel anlangt, dem echten Schriftakt gleich. Auch der erste gutgläubige Nehmer erwirbt auf Grund des falschen Indossaments das Recht aus dem Wechsel. Sein Erwerb ist keineswegs immer ein grob fahrlässiger, wenn er sich über die Echtheit des Indossaments nicht vergewissert. Nicht der redliche Erwerber, der das Papier unmittelbar von dem Fälscher durch Indossament erhält, soll den Schaden tragen, sondern der frühere Wechselgläubiger. Seine Sache ist es, sich an den Fälscher zu halten. Die Sicherheit des Verkehrs fordert, daß für das Indossament des Fälschers der Grundsatz, wonach niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, nicht gilt.

Patentgesetz.[1]

§§ 1ff.

Schrifttum: Benjamin, Wesen u. Wirken des Patentanspruchs, GewRschutz 17, 109. — Bernhard, Beitrag zur Beurteilung einer Erfindung i. S. des Patentrechts, GewRschutz 17, 26. — Heimann, Unteransprüche, GewRschutz 17, 44. — Hüfner, Die Patentfähigkeit von untergeordneten u. beigeordneten Ansprüchen, MschutzuWettbew. 16, 176. — Hüfner, PA. u. Feststellung des Schutzumfangs der Patente, GewRschutz 17, 144. — Isay, Über Erteilung und Auslegung von Patenten, MittVerbdPatAnw. 17, 80. — Isay, Zur Patentauslegung, GewRschutz 17, 153. — Isay, Die Beschränkung der richterl. Patentauslegung durch das Erteilungsverfahren, MittVerbdPatAnw. 17, 19. — Neumann, Verlängerung der Höchstdauer des deutschen Patentschutzes, MittVerbdPatAnw. 17, 96. — Rauter, Patentanmeldungen auf mehrere Namen, MittVerbdPatAnw. 17, 27. — Schanze, Der formelle Charakter des Patents (ZIndR. 17, 1), hält den „formellen Charakter des Patents" für ein irreführendes Schlagwort ohne alle sachl. Bedeutung für die Auslegung des Patents. — Schanze, Auslegung u. Ergänzung des Patents, GewRschutz 17, 134. — Schanze, Die Auslegung des Patents und der Stand der Technik, ZIndR. 17, 141. (Ergebnis: In Abweichung vom RG. und in Übereinstimmung mit Kent, Wirth, Isay u. Osterrieth: Die Nichtbeachtung der Kenntnis des PA. vom Stande der Technik bei Auslegung des Patents ist unhaltbar. Da das Patent eine Wissenserklärung ist, so ist das Wissen des PA. vom Stande der Technik gerade das, worauf es bei der Auslegung des Patents ankommt). — Schanze, Die Auslegung des Patents nach der Rechtsprechung des RG. und des PA., ZIndR. 17, 81. — Schanze, Über die Teilung der Prüfung zwischen PA. u. Gericht, MschutzuWettbew. 17, 44. — Spielmann, Erfindungskategorien. — Es genügt, je nach der Wesenskonstitution des Erfindungsgegenstandes zwei Klassen von Erfindungen zu unterscheiden. Die am vollständigsten ausgebildete Form des Gegenstandes der Erfindung stellt das Verfahren dar, weil es nicht in Erscheinung treten kann, ohne daß Veränderungen an einem körperl. Gegenstande oder an einem Systeme solcher Gegenstände stattfinden. Wenn Veränderungen nicht zum Wesen des Erfindungsgegenstandes selbst gehören, sondern höchstens bei einzelnen Arten der Erfindungsbenutzung, bei der Her-

[1] Soweit bei Entscheidungen eine Quelle nicht angegeben ist, handelt es sich um nicht veröffentlichte.

stellung und dem Gebrauche des Erfindungsgegenstandes auftreten, so wird der Gegenstand der Erfindung durch rein körperl. Merkmale bestimmt, d. h. es handelt sich um eine Erzeugniserfindung. Alle Erfindungsgegenstände, die von dauerndem Bestande sind, mögen sie zur Ausübung einer Tätigkeit geeignet sein oder nicht, haben die gemeinsame Eigentümlichkeit, daß sie Objekt aller in § 4 des Patentgesetzes erwähnten Tätigkeiten sein können. Ein Verfahren dagegen kann, weil ihm nur während seiner Ausführung Wirklichkeit zukommt, nicht hergestellt, in Verkehr gebracht und feilgehalten werden und bildet deshalb einen besonderen Erfindungstypus. Wenn aber die Kategorien Erzeugnis und Verfahren alle vorkommenden Erfindungsgegenstände umfassen, so daß es möglich ist, mit ihnen auszukommen, so hat es keinen Zweck, künstlich aufgestellte Unterscheidungen beizubehalten, die nur die wissenschaftl. Behandlung der Materie unnötig erschweren. — Tolksdorf, Über Erteilung u. Auslegung von Patenten, ZIndR. 17, 25. — Werneburg, Zum Patenterteilungsverfahren, MittVerbdPatAnw. 17, 106. — Wirth, Die Beschränkung der richterl. Patentauslegung durch das Erteilungsverfahren, MittVerbdPatAnw. 17, 63. — Wirth, Inhalt u. Rangordnung von Patentansprüchen, MittVerbdPatAnw. 17, 73. — Wirth, Der militärische Dienstbefehl, zu erfinden, GewRschutz 17, 4. Ein dienstlicher Befehl zum Erfinden kann nur innerhalb der Schranke gegeben sein, daß die Erfindungsbenutzung insoweit ohne Entschädigung der Heeresverwaltung zustände, als sie eben für die Heeresbedürfnisse notwendig oder nützlich ist. Ist der erfundene Gegenstand auch außerhalb des deutschen Heeres verwendungsfähig, so besteht kein Grund, die Nutzung dieser Verwendung dem Erfinder zu entziehen, ebensowenig wenn die Erfindung für die Bedürfnisse ausländischer Heere benutzt werden soll. (Man kann hier die Analogie mit dem Fall der Angestelltenerfindung ziehen.)

§ 1.

Hüfner, Kann der Pfandgläubiger durch Widerspruch die Umschreibung des ihm verpfändeten Patents in der Rolle an einen Dritten verhindern? MschutzuWettbew. 17, 14. (Das PA. kann eine Patentübertragung, gegen die ein Pfandgläubiger auf dem Grunde eines gerichtl. Veräußerungsverbots Widerspruch erhoben hat, nicht durch Umschreibung in der Rolle vollziehen, Sache des Beteiligten ist es vielmehr, durch Ausgleichung ihrer sich widersprechenden Interessen die Rechtsänderung so zu gestalten, daß sie den Vorschriften des Patentgesetzes entspricht. § 19 Abs. 2 PatG.) — Isay, Konkursrechtl. Fragen des gewerbl. Rechtsschutzes, GewRschutz 17, 10. I. Unterlassungsklage gegen den Gemeinschuldner. II. Der Rechnungslegungsanspruch gegen den Gemeinschuldner. III. Der Konkurs des Nichtigkeitsklägers. — Ohnesorge. Inwieweit ist der Einwand der „fachmännisch üblichen Maßnahme" berechtigt? MittVerbdPatAnw. 17, 41. — Wirth, Vereinfachungen des patentamtl. Verfahrens. III. Einheitlichkeit u. Klarheit der Begriffe, MittVerbdPatAnw. 17, 37. IV. Arbeitsersparnis im Verkehr zwischen Amt u. Anwaltschaft, ebenda 62. — Wirkung des Konkurses einer AktGes. auf die Unterbrechung einer Verletzungsklage, MittVerbdPatAnw. 17, 55. — PA. v. 5. 7. 16. Ablehnung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für Engländer, MittVerbdPatAnw. 17, 24. — Zur Frage der Zahlung gestundeter Jahresgebühren, MittVerbdPatAnw. 17, 102. — Vereinfachung des patentamtl. Verfahrens, MittVerbdPatAnw. 17, 1. — Vermeidung des Parteibetriebs, MittVerbdPatAnw. 17, 1. — Entgegenhaltung von Patentschriften, MittVerbdPatAnw. 17, 3. — Vorschläge für Maßnahmen auf dem Gebiete des gewerbl. Rechtsschutzes aus Anlaß des Übergangs vom Kriegs- in den Friedenszustand. I. Vereinfachungen im Patentamt. II. Erleichterungen. 1. Förmlichkeiten der Anmeldung. 2. Fristen. 3. Zahlungen. III. Maßregeln zur Abwehr und Vergeltung. 1. Gewerbl. Schutzrechte feindlicher Staatsangehöriger. 2. Kriegspatente. 3. Zahlungsverbote. 4. Verwertungsverbote, MittVerbdPatAnw. 17, 140.

Leo, Zum internationalen Patentrecht, MschutzuWettbew. 16, 188. (Art. 18 des Haager Abkommens über den Zivilprozeß v. 17. 7. 05 unterfallen alle Entscheidungen, die eine bürgerl. Rechtsstreitigkeit auf Grund eines beiden Parteien Gehör gebenden Verfahrens erledigen, ohne daß es irgendwie auf die technische Beziehung dieser Entscheidung und die Bezeichnung der sie erlassenden Behörde ankäme.) — Kriegswirtschaftliche Maßnahmen im PA. I. Lutter, Kriegspatent u. Kriegsgebrauchsmuster, DJZ. 17, 383. II. Damme, Änderungen im Patenterteilungsverfahren, DJZ. 17, 386.— Veränderungen im Patentrecht (zur VO. v. 8. 2. 17), DJZ. 17, 298. — Fazekas, Friedensregelung u. Schutzdauerverlängerung, GewRschutz 17, 162. — Finger, Gewerbliche Schutzrechte nach der VO. v. 1. 7. 15 und v. 25. 1. 17, insbesondere mit Bezug auf Polen, MschutzuWettbew. 17, 132. — Fuchs, Staatliche Eingriffe in Erfindungen u. Patente zu Kriegszwecken, GewRschutz 17, 170. — Hederich, Die Patentsneuheitsprüfung u. der Krieg, ZIndR. 17, 162. — Proskauer, Zur Frage der Zwangsbenutzung von Erfindungen zu Kriegszwecken, GewRschutz 17, 113. — Röthlisberger, Die Schicksale des gewerbl. Eigentums im Weltkriege, MschutzuWettbew. 17, 93. — Wirth, Ein Sonderfrieden i. S. der Patentauslegung, GewRschutz 17, 191. — Werneburg, Zum Patentrecht unter Berücksichtigung

der Kriegslage, SächsRpflA. 17, 404. — Seligsohn, Die gewerblichen Schutzrechte Deutscher in England, DJZ. 17, 84. — Adler, Die Entwürfe eines ungarischen Patent- u. eines ungarischen Musterschutzgesetzes, GewRSchutz 17, 89. A. Der Entwurf des Patentgesetzes. B. Der Entwurf des Musterschutzgesetzes. — Alexander-Katz, Die Parteivertretung in dem ungarischen Entw. des Patentgesetzes, ZIndR. 17, 130. — Alexander-Katz, Die Parteivertretung in dem ungarischen Entw. des Warenzeichengesetzes, ZIndR. 17, 130. — Alexander-Katz, Die Parteivertretung in dem ungarischen Entw. der Mustergesetze, ZIndR. 17, 130. — v. Jhering, Der Entw. des neuen ungarischen Patentgesetzes, ZIndR. 17, 127. — Tolksdorf, Der Entw. eines ungarischen Patentgesetzes, ZIndR. 17, 125. — Dunkhase, Das Patentrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, ZIndR. 17, 173, 181.

Wesen der Erfindung. Patenterteilung.

1. Angestellte und Betriebserfindung. Recken, LeipzZ. 17, 785. Der einzige Weg, um den Angestellten-Erfinder in der Patentrolle und in den Patentveröffentlichungen zu nennen, ist die gemeinschaftl. Anmeldung der Erfindung durch das Unternehmen und den Angestellten. (Nicht ohne Gefahr für das Unternehmen. — Änderung durch das neue Patentgesetz in Aussicht.)

2. PA. 9. 9. 16, Bl. 17, 126. Möglichkeit der Abänderung von Beschlüssen durch die Instanz, die sie erlassen hat. Das nachgesuchte Patent ist, ohne daß Einspruch eingelegt war, entspr. den Anträgen des Patentsuchers erteilt worden. Der Patentinhaber ficht nachträglich seine Erklärung, durch die er seinerzeit die Bekanntmachung der Anmeldung beantragt hatte, unter näherer tatsächl. Begründung wegen Irrtums an, nachdem die gegen den Patenterteilungsbeschluß erhobene Beschwerde als unzulässig verworfen war; er beabsichtigt auf diese Weise, den angeblich auf unrichtiger Grundlage zustande gekommenen Patenterteilungsbeschluß aus der Welt zu schaffen und damit die Bekanntm. der Erteilung und Herausgabe der Schrift zu verhindern. Mit Recht hat der angefochtene Beschl. es abgelehnt, auf die Frage der Anfechtung wegen Irrtums einzugehen. Denn die Anmeldeabteilung war gar nicht imstande, den von ihr erlassenen Erteilungsbeschluß rückgängig zu machen. Mögen auch gewisse Arten von Beschlüssen der Abänderung seitens der Instanz, die sie erlassen hat, unterliegen, so gehören hierher doch diejenigen nicht, die der formellen Rechtskraft fähig sind, mithin auch nicht die Erteilungsbeschlüsse, die lediglich einer Anfechtung mittels der befristeten Beschwerde zugänglich sind und die spätestens mit Ablauf der Beschwerdefrist oder, wo eine solche nicht läuft, sofort mit Erlaß endgültig werden (§§ 26, 27 PatG.). Derartige Beschlüsse können von der Instanz, die sie erlassen hat, unter keinen Umständen zurückgenommen oder abgeändert werden. Hat daher das Verfahren wie hier seinen Abschluß gefunden (ohne daß noch ein Rechtsmittel möglich wäre), so ist der Abschluß ein rechtsgültiger auch dann, wenn Regeln des Verfahrens nicht beachtet oder bei der Übung des Verfahrens Fehler gemacht sein sollten, um so mehr aber auch dann, wenn beides nicht vorliegt, der Anmelder vielmehr nur behauptet, seinerseits Erklärungen prozeßrechtlicher Art irrtümlich abgegeben zu haben. . . . Zudem würde es zeitlich keine Grenzen geben, die während der Patentdauer die Abänderung der getroffenen Entscheidung durch die Instanz ausschließen würden, während die Rechtsbeschwerde, die allein gegen den Erteilungsbeschluß zulässig ist, an eine Frist von einem Monat gebunden ist (§ 26 PG.).

3. LG. Leipzig 22. 12. 16. Der Hervorhebung der einzelnen Vorteile, die sich aus der neuen Form ergeben, bedarf es in der Anmeldung nicht, so daß auch eine unrichtige oder unzulängliche Angabe in dieser Richtung nicht schadet. MittVerbdPatAnw. 17, 22.

4. PA. 17. 10. 17, Bl. 17, 100. Auch im Rahmen derselben Anmeldung darf eine Erfindung nicht mehrmals patentiert werden. . . . In einem früheren Stadium des Verfahrens hatte der Anmelder neben dem Erzeugnis des Anspruchs 1 (mit Papier verstärktes Papierflachgarn) zwei weitere Ansprüche vorgelegt, die allgemein die Verwendung des Materials nach Anspruch 1 für Säcke und gewisse andere Gewebe unter Schutz stellen sollen. Die Gewährung solcher Ansprüche ist unzulässig, weil sie nur die aus § 4 PatG. von selbst sich ergebende patentrechtl. Wirkung eines vorhergehenden Anspruchs zum

Ausdruck bringen. Solche Ansprüche können auch nicht mit der Behauptung begründet werden, daß dadurch dem Patentinhaber der Beweis einer etwaigen Patentverletzung erleichtert werde. Die Auslegung der Patente steht den Gerichten zu und die vorsorgliche Abgabe lediglich rechtsgutachtlicher Äußerungen ist nicht Sache des Erteilungsverfahrens. Dagegen kann das in dem neuen PAnspruch 2 gekennzeichnete Flachgarngewebe als Erzeugnis neben dem Anspruch 1 geschützt werden, da es — wie dargelegt — neu ist und in sich selbst technisch wichtige Eigenschaften besitzt.

5. PA. 14. 2. 17, Bl. 17, 50. Eine Verzichterklärung auf ein Patent kann nicht als prozessuale Erklärung angesehen werden; denn nachdem das P. in die Rolle eingetragen und dies bekannt gemacht ist, hat das PErteilungsverfahren seinen Abschluß gefunden. Ein Verfahren im prozessualen Sinn greift danach nicht mehr Platz. Was sich an den Akt der PErteilung anschließt wie die Gebührenkontrolle, die Empfangnahme der Gebühren usw. ist ein Akt der PVerwaltung, kein Prozeßverfahren, und könnte, wenn das PatG. nicht dem PA. diese Aufgaben zugewiesen hätte, auch von einer anderen Stelle ausgeführt werden. Der Verzicht auf ein P. ist deshalb eine außerhalb des eigentl. Prozeßverfahrens abgegebene Willenserklärung des PInhabers, sein Recht aufgeben zu wollen; er beeinflußt unmittelbar den Rechtsbestand des P. und stellt eine materielle Verfügung über das Recht aus dem P. dar. Als solche ist er einer der im § 9 PatG. genannten materiellen Erlöschungsgründe für das P. Ist sonach der Verzicht eine Willenserklärung i. S. des BGB., so unterliegt er den Regeln, die für die Willenserklärung des bürg. Rechts überhaupt zur Anwendung gelangen. Die Verzichterklärung ist deshalb auf Grund des § 119 BGB. anfechtbar (vgl. Isay, Patentg. (2) 283; Kohler, Handbuch des Patentr. 665/6). Demgegenüber kann nicht geltend gemacht werden, daß der Verzicht schon deshalb nicht angefochten werden könnte, weil ein Gegner, dem gegenüber die Anfechtungserklärung abgegeben werden könnte, nicht vorhanden sei (Kent, Patentg. § 99). Denn als Anfechtungsgegner hat die Allgemeinheit zu gelten, deren Interessen insoweit das P. wahrnimmt.

6. KG. 8. 7. 16, Bl. 17, 42. Die ordentl. Gerichte sind nicht zuständig, durch einstw. Vfg. die Benutzung eines Patents zu gestatten.

7. **RG.** 9. 5. 17. Vereinbarung über das Eigentum an Erfindungen. Vertragsauslegung. Nachträgliche Vereinbarungen, ZIndR. 17, 98.

§ 2.

1. Ohnesorge, Inwieweit dürfen als Veröffentlichungen entgegengehaltene Druckschriften ergänzt werden? GewRschutz 17, 22. Verf. kommt zur Verneinung der Frage. (Es kommt im wesentlichen darauf an, daß die vorbeschriebene Einrichtung unter Heraushebung aus der Masse des Materials zu einer wirklichen Regel der Technik geworden ist; denn das dürfte klar sein, daß man eine vorbeschriebene Einrichtung oder Maßnahme nicht sogar noch weiterbilden und ergänzen kann, wenn sie nicht einmal in der Urform zu einem wirklichen Bestandteil des Standes der Technik geworden ist; man kann nicht über den Rahmen einer Veröffentlichung noch hinausgehen, wenn sie selbst sich noch nicht einmal bewährt hat.)

2. PA. 24. 9. 17, Bl. 17, 121. Bei der Einreichung der Anmeldung — 24. 7. 16 — hat der Patentsucher die Priorität einer vorhergehenden Hinterlegung in Anspruch genommen, indem er im Patentgesuch folgende Erklärung abgab: „Für das Patent wird die Priorität des engl. Patents N. . . ., dessen Datum wir noch angeben werden, in Anspruch genommen.“ Diese Erklärung genügt nicht der durch Artikel 4d des Unionsvertrags gegebenen Vorschrift. Denn nach dieser hat, wer die Priorität einer vorhergehenden Hinterlegung in Anspruch nehmen will, eine Erklärung über die Zeit und das Land dieser Hinterlegung abzugeben. Unter Zeit ist aber der genaue Zeitpunkt der Hinterlegung, also Tag, Monat und Jahr der Voranmeldung zu verstehen. Dies ergibt sich aus dem französ. Text der fraglichen Stelle des Unionsvertrags. Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich zudem aus einer anderen Stelle des Art. 4d des Unionsvertrags. Gemäß dieser Bestimmung können

die vertragschließenden Länder von demjenigen, welcher eine Prioritätserklärung abgibt, fordern, daß er die frühere Anmeldung (Beschreibung, Zeichnungen usw.) in einer Abschrift vorlegt, die von der Behörde, welche die Anmeldung empfangen hat, als übereinstimmend bescheinigt ist, und es kann weiter gefordert werden, daß der Abschrift eine von dieser Behörde ausgestellte Bescheinigung über die Zeit der Hinterlegung und eine Übersetzung beigefügt wird. Diese Bescheinigung muß aber Tag und Monat der Hinterlegung enthalten, sonst würde sie dem Zwecke nicht dienen, dem sie gewidmet ist. Denn die Vorschrift des Art. 4d des Unionsvertrags hat das Ziel im Auge, alle Interessenten auf die Tatsache des Prioritätsanspruchs aufmerksam zu machen. Ist dem aber so, dann kann der bloße Hinweis auf die Nummer und Jahreszahl des englischen Patents nicht genügen, weil die Angabe des Monatstags für die Interessenten wesentlich ist. Die Bestimmung des Art. 4d des Unionsvertrags enthält demnach zusammengehalten mit dem Art. II des deutschen Ges. zur Ausführung der revidierten Pariser Übereinkunft v. 31. 3. 13 und der Bekanntm. des RK. v. 8. 4. 13 eine zwingende Prozeßvorschrift, d. h. die fragl. Erklärung muß vollständig bei der Anmeldung des Patents abgegeben, kann also mit Rechtswirksamkeit in einem späteren Zeitpunkte des Verfahrens nicht mehr nachgeholt werden. Daraus folgt: Die dem Ges. nicht entsprechende Prioritätserklärung bewirkt den Verlust des Prioritätsrechts. . . .

3. **RG.** 3. 5. 16, GewRSchutz 17, 78. Verwertung des Standes der Technik. Behandlung veröffentlichter, aber praktisch unbrauchbarer Apparate.

4. PA. 11. 6. 17, Bl. 17, 87. Es fragt sich, ob die ohne jede nähere Erläuterung erfolgte Benennung einer veröffentlichten Druckschrift die Forderung des § 24 PatG. erfüllt, nach der der Einspruch mit Gründen versehen sein, d. h. Tatsachen mitteilen muß, die auf ihre Richtigkeit nachgeprüft werden können. Von wenigen Ausnahmen abgesehen wird das in der Regel nicht der Fall sein. So hat das PA. in mehreren Entscheidungen sich auf den Standpunkt gestellt, daß z. B. der bloße Hinweis auf eine umfangreiche Druckschrift, aus der vielleicht durch eingehende — mangels näherer Angaben seitens der Einsprechenden — vom Patentamt anzustellende Forschungen eine Veröffentlichung des Anmeldungsgegenstands herausgefunden werden könnte, nicht ausreicht und daß deshalb ein Einspruch, der nichts anderes enthält als solchen Hinweis, als unzulässig zu verwerfen ist.

5. **RG.** 2. 12. 16, Bl. 17, 19. Unerheblich ist, daß das PA. die Patentanmeldung des Bekl. im Jahre 1891 zurückgewiesen hat, selbst wenn man unterstellt, daß sie den Erfindungsgedanken K.s (des Rechtsvorgängers der Kl.) vom Jahre 1904 vorwegnahm. Das Verfahren vor dem PA. war ein geheimes, konnte also den Tatbestand einer offenkundigen Vorbenutzung i. S. des § 2 PatG. nicht erfüllen.

6. PA. 8. 1. 15, Bl. 17, 99. Der Anmeldungsgegenstand ist als bekannt nicht nachgewiesen. Gegen die Patentfähigkeit ist nur geltend gemacht, daß die Anordnung, die steuernden Kanten des Lichtbündels nur schwach gegen die Mittellinie zu neigen, gegenüber der Anordnung, bei welcher die steuernden Kanten mit der Schwingungsrichtung (Mittellinie) einen großen Winkel einschließen, lediglich eine fachmännische Maßnahme, d. h. also keine Erfindung darstelle. Es werden damit zwei Ausführungsformen einer und derselben Erfindung miteinander verglichen, deren Neuheit und Patentfähigkeit gegenüber dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung vom Einsprechenden nicht bestritten worden ist. Beide Ausführungsformen sind nicht gleichwertig, jede bietet besondere Vorteile. Fehlt aber beiden Ausführungsformen nicht das Erfordernis der Neuheit, werden in beiden Ausführungsformen auch nicht zwei gleichwertige Erfindungen unter Schutz gestellt, was einer Doppelpatentierung (§ 3 Abs. 1 PatG.) gleichkäme, so ist es überflüssig, zu untersuchen, ob die eine Ausführungsform der angemeldeten Erfindung eine neue Erfindung sein würde, falls die andere Ausführungsform bekannt wäre. Die Forderung, daß jede der in einem Patent unter Schutz gestellten Ausführungsformen wieder eine Erfindung darstellen muß, stellt das PatG. nicht auf, vielmehr ist in § 20 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, daß in jeder Anmeldung nur eine Erfindung unter Schutz gestellt werden darf.

7. **RG.** 28. 2. 17, MittVerbdPatAnw. 17, 85. In der Anwendung einer offenkundig vorbenutzten Regel und gleichzeitiger Anwendung einer anderen bekannten Maßnahme liegt kein erfinderischer Schritt, auch wenn dadurch die Ausbeute gesteigert wird.

8. OLG. Darmstadt 9. 5. 17. Kombinationspatent. Vorbenutzung. Offertzeichnungen gelten nicht als Veranstaltungen der Vorbenutzung.

9. Schweigepflicht. PA. 19. 1. 17, MittVerbdPatAnw. 17, 7. Die in neueren Entscheidungen des RG. und der Nichtigkeitsabteilung zum Ausdruck gekommene Unterstellung, daß nach der allgemeinen Verkehrssitte jedem Angestellten einer Fabrik Schweigepflicht über die inneren Vorgänge obliege, greift deshalb hier nicht durch, weil es sich im vorliegenden Falle um Erzeugnisse und Vorgänge handelt, die (wie oben ausgeführt) weder von der Fabrikleitung noch von den Angestellten oder Arbeitern als „besonders eigenartige" und als Geheimnis zu wahrende Maßnahmen angesehen wurden.

10. **RG.** 20. 11. 16, GewRSchutz 17, 81. Offenkundige Vorbenutzung. Offenkundig ist das Verfahren, das in den Betrieben geübt worden ist, über welche die Zeugen H. u. F. ausgesagt haben. Eine Geheimhaltung war für diese Betriebe nicht angeordnet worden. Nun muß allerdings auch ohne ausdrückliche Auferlegung einer solchen Pflicht davon ausgegangen werden, daß die Verpflichtung zu einem angemessenen Stillschweigen über solche technische Vorgänge eines Betriebs besteht, die nicht alltäglicher Natur sind, deren Geheimhaltung vielmehr im Interesse des Betriebsinhabers (**RG.** 86, 315) als angebracht anzusehen sind. Aber hier handelt es sich nicht um solche Vorgänge. Der Zeuge W., der das von ihm bei N. in Erfahrung gebrachte Verfahren den Zeugen K. u. F. übermittelte, hat diesen keine Geheimhaltungspflicht auferlegt. W. will allerdings erwartet haben, daß die verschiedenen Interessenten, die er in das Verfahren einführt, darüber nicht sprechen würden. Allein, es ist nicht ersichtlich, daß in den erwähnten Betrieben auf Geheimhaltung Wert gelegt worden ist.

§ 4.

I. Patentauslegung.

1. Schanze, LeipzZ. 17, 507. Ergebnis: Die Patentauslegung ist nicht Auslegung einer Willenserklärung nach der objektiven Erklärungstheorie, sondern Auslegung einer sachverständigen Wissenserklärung nach der subjektiven Erklärungstheorie.

2. Wirth, Die Erteilung und Auslegung von Patenten als Erkenntnisproblem, ZIndR. 17, 109.

3. **RG.** 17. 1. 17 und 21. 2. 17, ZIndR. 17, 134ff.

4. KG. 21. 10. 10, ZIndR. 17, 101. Prüfung des Standes der Technik, um dasjenige zu ermitteln, was das Patent in Beschreibung und Anspruch selbst angibt (Auskunfterteilung bzw. Schadenersatz).

II. Wirkung eines Patents.

1. Kantor, Patentbewertung, ZIndR. 17, 69. Der richtige Wert eines Schutzrechts stellt sich dar als Summe des Aktivwerts und des Prohibitivwerts. Der Aktivwert besteht in dem Werte der Vorzüge des mit der durch das Schutzrecht geschützten Neuerung erzielten technischen Effekts. Der Prohibitivwert besteht darin, daß im Rahmen der geschützten Neuerung keine Konkurrenz arbeiten darf, auch nicht mit Verbesserungen, die einen weit größeren Aktivwert in sich tragen können, wie die geschützte Neuerung selbst. Zum Aktivwert ist auch der Reklamewert zu rechnen, den jedes Patent enthält. Das Patent auf ein Verfahren wirkt als Reklame im Verkehr für die danach hergestellte Ware, das Patent einer Konstruktion als Reklame für die Konstruktion und verleiht dadurch einen besonderen Verkehrswert. Will man ein Schutzrecht richtig bewerten, so darf man es niemals bewerten lediglich nach dem Werte der Vorzüge des mit der Neuerung erzielten Effekts. Es ist nur zu bewerten nach Maßgabe seines Aktiv- und seines Prohibitivwerts. Meist wird für die

Fabrikantin der Prohibitivwert der für die Preisbemessung bei einem Erwerb des Schutzrechts oder einer ausschließlichen Lizenz auf dasselbe ausschlaggebende Wert sein.

2. **RG.** 5. 1. 17, ZIndR. 17, 73. Der Schutzumfang eines Patents umfaßt im Zweifel die gleichwertigen Mittel. Anders nur bei unzweideutig erklärten Verzichten des Anmelders oder absichtlich vom PA. verfügten Einschränkungen, ebenso wenn der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung des P. zur Beschränkung des Schutzumfangs zwingt.

3. PA. 5. 10. 17, Bl. 17, 100. Klarstellung des Umfangs und Inhalts des Patentschutzes bei der Patenterteilung durch Verweisung eines Merkmals in einen besonderen Patentanspruch.

4. **RG.** (Straff.) 19. 2. 17, R. 17 Nr. 747. Die Ermittlung des Patentanspruchs durch Auslegung der Patenturkunde gilt in der Rechtspr. der Straff. als tatsächliche Feststellung, die das RevGericht bindet (vgl. R. 14 Nr. 720: abweichend Entsch. der Zivilsenate). Für die Frage der Verletzung eines Patents kommt es nicht auf die vom Täter verfolgten Zwecke, sondern nur darauf an, ob der Erfindungsgedanke irgendwie benutzt ist (**RG.** (Straff.) 49, 202). Das Maß der Benutzung des Erfindungsgedankens und der Umfang des darauf beruhenden Eingriffs in das Patent ist tatsächlich belanglos.

5. **RG.** 3. 11. 16, Bl. 17, 7. Die Feststellung des Inhalts und Umfangs des Patentanspruchs ist zur Feststellung des verletzten Patentrechts notwendig. Wird die genaue Bezeichnung des Rechts, das verletzt sein soll, nicht gegeben, so fehlt die Angabe der gesetzl. Merkmale der strafbaren Handlung. Die Strafkammer erklärt lediglich, sie könne den Beweis der Patentverletzung nicht für erbracht ansehen, weil die Gutachten einander widersprechen. Dieser Umstand reicht aber nicht aus. Das Gericht hatte sich selbst der Prüfung, ob eine Patentverletzung vorliege, zu unterziehen und mußte die Gutachten auf ihre Richtigkeit hin prüfen und für die Bildung seines eigenen Urteils benutzen. In Wahrheit aber hat es sich überhaupt keine eigene Meinung gebildet, sondern die Frage, ob eine Verletzung des Patentschutzes vorliege, ausschließlich auf die Entsch. der Sachverständigen abgestellt und da sich diese widersprechen, den Beweis nicht für erbracht angesehen. Es handelt sich hier aber gar nicht um die Erbringung des Beweises von geschichtlich vorgefallenen Ereignissen, sondern um die rechtl. und technische Würdigung von zwei tatsächlich festgestellten und des Beweises nicht noch bedürfenden rechtl. und technischen Vorgängen: nämlich, ob das vom Angekl. geübte Verfahren bei Herstellung seiner . . . unter den Schutz des Patents Nr. . . . fällt oder nicht.

6. Schanze, SächsRpflA. 17, 281, 328. Welche Rechtswirkung hat ein P., dessen Gegenstand nicht patentfähig ist? Auch das P., dessen Gegenstand patentunfähig ist, begründet ein subjektives Patenrecht. Denn das P. wird erteilt, weil auf Grund der stattgehabten Prüfung der Gegenstand der Anmeldung für patentfähig erachtet wird, nicht unter der Bedingung, daß Patentfähigkeit vorliegt. Die PErteilung ist das, was Kohler eine Voraussetzung nennt, „Voraussetzung in dem technischen Sinne, wonach die Rechtsfolgen eines Akts auch bei Ermanglung der Voraussetzung eintreten, aber die Rechtsordnung ein Korrektiv bietet, um dieselben wieder rückgängig zu machen".

7. **RG.** 18. 11. 16, R. 17 Nr. 291. Der Unterlassungsklage kann nicht entgegengehalten werden, daß die zu unterlassende Handlung, weil angeblich Wissentlichkeit vorliegt, zugleich auch mit öffentl. Strafe belegt ist.

8. **RG.** 23. 3. 17, R. 17 Nr. 1344. Bei der Verurteilung zur Unterlassung darf der Richter sich nicht darauf beschränken, die Richtlinien für die Entsch. darüber anzugeben, was zu unterlassen sei, und die einzelne Entsch. dem Vollstreckungsrichter zu überlassen. Vielmehr ist das zu untersagen, was tatsächlich geschehen ist und den Gegenstand der Klage bildet.

9. **RG.** 1. 11. 16, R. 17 Nr. 114. Bei Übertragung des Patents ist, solange die Rechtsänderung nicht in der PRolle vermerkt worden ist, der Erwerber nicht befugt, Eingriffe in das P. vor dem Gerichte zu verfolgen. Dies schließt nicht aus, daß ein weiterer Erwerber, der sich in die PRolle eintragen läßt, damit auch die Klagebefugnis erwirbt.

Die Klagebefugnis ist nicht Gegenstand der Übertragung, sondern entspringt für den PInhaber jeweils aus der Eintragung in die Rolle.

10. **RG.** 18. 11. 16, JW. 17, 222, ZIndR. 17, 77. Bekl. zu 2 hat als Geschäftsführer der zu 1 bekl. Gesellschaft m. b. H. in den Schutzbereich eines Patents eingegriffen. Es ist rechtsirrtümlich, wenn das OLG. angenommen hat, daß Bekl. zu 2 nicht neben der Gesellschaft auf Unterlassung des Herstellens, Inverkehrbringens, Feilhaltens oder Gebrauchens dieses angeblich das Patent verletzenden Wärmeschutzmittels in Anspruch genommen werden könne. Gegenüber der auf § 4 PatG. und § 1004 BGB. gegründeten Unterlassungsklage ist nicht nur die vertretene Ges., in deren Interesse der angeblich vorgenommene und weiter zu besorgende Eingriff seitens des gesetzl. Vertreters stattfindet, sondern vor allem auch der gesetzl. Vertreter selbst legitimiert. Er ist der, durch dessen Handeln die angebliche Beeinträchtigung des Rechts stattgefunden hat, der Störer. Darauf, ob die Störung für eigene Rechnung des gesetzl. Vertreters oder nur im Interesse der Ges. stattfindet, kommt es nicht an. Es bedarf für die Zulassung der Unterlassungsklage gegen den gesetzl. Vertreter auch nicht der Darlegung, daß ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis gegeben sei, die Klage außer gegen die Ges. auch gegen den gesetzl. Vertreter zuzulassen.

11. **RG.** 18. 11. 16; 89, 114, LeipzZ. 17, 264. Wird in einem Prozeß mit dem Anspruch auf Unterlassung i. S. von § 4 PatG. durch den Konkurs des Bekl. das Verfahren unterbrochen, wenn der abzuwehrende Eingriff in Ausübung eines Lizenzrechts an einem jüngeren, vom Klagpatent abhängigen Patent erfolgt? — Wird bejaht.

§ 5.

RG. 2. 12. 16, Bl. 17, 19. § 5 setzt Veranstaltungen voraus, welche den Anfang der Ausführung der Erfindung und zugleich die Absicht des Ausführenden erkennen lassen, sie sofort in Benutzung zu nehmen. Eine solche Absicht tritt in der Anfertigung einer Zeichnung und einer Patentanmeldung, da der Bekl. nach deren Zurückweisung die Erfindung beiseite gelegt und länger als ein Jahrzehnt hat ruhen lassen, nicht zutage. Sie ist, soweit sie etwa bestanden hat, vor ihrer endgültigen Ausführung wieder aufgegeben worden. § 5 kann also Anwendung nicht finden.

§ 6.

Schrifttum: Herse, Wann liegt eine Zwangslizenz im öffentl. Interesse? MittVerbdPatAnw. 17. 49. — Schanze, Verzichte seitens des Anm. u. Einschränkungen seitens des PA. im Erteilungsverfahren, MittVerbdPatAnw. 17, 13.

I. Übertragung. PA. 27. 9. 17, Bl. 17, 100. Eine Umschreibung des P. kann, nachdem das P. zugunsten eines Dritten gepfändet worden ist, nicht erfolgen. (Der Zweck der in der Rolle eingetragenen Vermerke besteht darin, für diejenigen Rechtsverhältnisse, denen die R. überhaupt dienen soll, volle Sicherheit zu schaffen. Dieser Zweck würde durch einen derartigen Eintrag geradezu vereitelt. In der Rolle ständen nämlich zwei Eigentümer des P. vermerkt — der Übertragende und der, auf den übertragen werden soll — ohne Miteigentümer des P. zu sein. Dritte, die auf Nichtigerklärung klagen wollten, wüßten nicht, ob sie beide oder welchen von beiden Eigentümern sie belangen sollten. Das PA. aber wüßte nicht, ob jeder der beiden Volleigentümer in einem Verfahren auf Löschung des P. wegen Verzichts oder Unterlassung der Zahlung einer fälligen Jahresgebühr als berechtigter Inhaber zu behandeln wäre.)

II. Lizenz. 1. **RG.** 1. 11. 16; 89, 81, GewRSchutz 17, 81, UnlW. 17, 136, ZIndR. 17, 10. Klagebefugnis des Lizenznehmers, wenn der Lizenzgeber nicht in die PRolle eingetragen ist. Es erhellt, daß möglicherweise der Rechtsvorgänger die Klagebefugnis nicht besitzen kann, eben weil er nicht eingetragen ist, während der Rechtsnachfolger diese seine Befugnis durch seine Eintragung erlangt, wie andererseits der Rechtsvorgänger die Klagebefugnis haben kann, wogegen wieder dem Rechtsnachfolger in Ermangelung seiner Eintragung das Klagerecht fehlen kann. Die Klagebefugnis ist überhaupt nicht Gegenstand der Übertragung, sie entspringt vielmehr jeweils für den PInhaber

aus der Eintragung in die Rolle. Übertragen wird nur das Patentrecht. Die Übertragung dieses Rechts bildet freilich die Voraussetzung für den Veränderungsvermerk (PatG. § 19 Abs. 2); es ist auch anzuerkennen, daß ein für den Rolleneintrag genügendes und geeignetes Recht nur übertragen kann, wer ein solches Recht innehat, das er sich selbst übertragen lassen könnte. Aber unrichtig ist die Vorstellung, daß die Klagebefugnis übertragbar sei; sie ist gemäß der Ordnungsvorschrift des § 19 Abs. 2 PatG. mit der Eintragung in die Rolle verknüpft, entsteht mit dieser und fehlt dem PInhaber ohne diese. Im vorliegenden Falle ist die Kl. nicht Patentinhaberin, sondern sie hat nur eine ausschließliche Lizenz erworben. Als Lizenznehmerin kann sie nach herrsch. Ansicht und nach der Praxis des PA. nicht in die PRolle eingetragen werden. Die Klagebefugnis steht dem ausschließl. Lizenzträger ohne Eintragung zu (**RG.** 57, 38; 67, 181; 83, 94). Der Umstand, daß sein Rechtsvorgänger nicht in der Rolle eingetragen wurde, kann dies Klagerecht ebensowenig beeinträchtigen, wie das Klagerecht des eingetragenen Vollrechtsnachfolgers dadurch berührt wird, daß sein Vorgänger im Rechte sich nicht hatte eintragen lassen.

2. PA. 1. 3. 17., DJZ. 17, 832. Anwendung der BRVO. v. 10. 9. 14 auf den deutschen Lizenznehmer eines einem Feinde gehörigen Patents.

3. PA. 1. 3. 17, Bl. 17, 32. Weder der Wortlaut der BRVO. v. 10. 9. 14 noch die Bestimmungen des PatG. stehen der Legitimation des ausschließl. Lizenzberechtigten zur Stellung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entgegen.

4. PA. 2. 2. 17, MittVerbdPatAnw. 17, 20. Zur Frage der Zwangslizenz.

5. **RG.** 18. 10. 16, Bl. 17, 40. In den Maschinen, welche die Kl. nach Erlangung der Zwangslizenz in Deutschland in Verkehr zu bringen beabsichtigt, verkörpert sich, was das PA. (Bl. 17, 37) hervorhebt und auch unter den Parteien unstreitig ist, das mechanische System, während der Bekl. oder die seine Patente in Deutschland verwertende Gesellschaft (die Nebenintervenierenden) mit den ihrerseits vertriebenen Maschinen das elektrische System zur Einführung bringt. Dem H-System steht somit das P-System gegenüber. Mit welchem System letzten Endes die meisten Vorteile verknüpft sind, braucht nicht entschieden zu werden. Die Frage entzieht sich überhaupt insoweit einer bestimmten Beantwortung, als unter gewissen Bedingungen das eine, unter anderen Bedingungen das andere System den Vorzug verdienen kann. Was das öffentliche Interesse an der Erteilung der Zwangslizenz anlangt, so genügt es, mit dem PA. festzustellen, daß es sich auch bei den P-Maschinen um Erfindungen handelt, die für die Allgemeinheit erheblichen Nutzen bringen. Hieraus ist dann zu folgern, daß ein Zustand, bei dem die Entwicklung des P-Systems im praktischen Betriebe hintangehalten und gehemmt würde, den Interessen der Allgemeinheit widerstreiten müßte. Mit Recht betont ferner das PA., die dem Bekl. gewährten Patente dürften nicht dazu führen, die Einführung der statischen Maschinen zu schädigen. Vielmehr ist der Entfaltung eines lauteren Wettbewerbs zwischen den beiden Systemen die Bahn frei zu machen.

§ 7.

Schrifttum: Stern, Zur Frage der Schutzdauerverlängerung der Patente, MittVerbdPatAnw. 17, 50. — Stern, Öffentliche Druckschriften unter dem Gesichtspunkt des Kriegszustandes, GewRschutz 17, 114. (Es wird für alle während der Zeit beschränkter Freizügigkeit herausgegebenen Druckvorschriften eine erhöhte Beweislast Platz zu greifen haben derart, daß für diese von Fall zu Fall geprüft werden muß, zu welchem frühesten Zeitpunkt auch das Inland die Möglichkeit einer Kenntnisnahme erlangt hat.)

PA. 19. 10. 16, UnlW. 17, 162. Verhältnis vom Zusatzpatent zum Hauptpatent.

§ 9.

1. PA. 10. 3. 16, Bl. 17, 119. Die Gebühr für das 8. Patentjahr war am 26. 11. 14 fällig. Die Patentinhaberin wurde hierauf durch Vfg. v. 18. 1. 15 hingewiesen. Am 30. 1. teilte sie mit, daß sie beabsichtige, das Patent verfallen zu lassen. Mit Schreiben vom 13. 3. erklärte sie, „sich die Sache überlegt" zu haben und das P. weiter aufrecht erhalten zu wollen.

Sie sandte gleichzeitig die Gebühr in Höhe von 350 M. nebst der Zuschlagsgebühr von 10 M. ein, die am 16. 3. bei der PAKasse einging. Ihr wurde darauf eröffnet, daß das P. gemäß § 9 PatG. wegen verspäteter Zahlung erloschen sei und die gezahlten 360 M. zurückgezahlt würden. Diese Zurückzahlung erfolgte am 4. 5., nachdem unter dem 28. 4. die PInhaberin an die Zurückzahlung erinnert hatte. Erst unter dem 14. 12. hat sie beantragt, sie gegen Versäumnis der Frist zur Zahlung der 8. Jahresgebühr in den vorigen Stand wieder einzusetzen. Mit Recht hat der angefochtene Beschl. diesen Antrag abgelehnt. Denn nach § 2 der BRVO. v. 10. 9. 14 hätte dieser Antrag binnen 2 Monaten nach Behebung des Hindernisses gestellt werden müssen; dieses Hindernis, nämlich die durch den Krieg verursachte tatsächl. Behinderung an der rechtzeitigen Zahlung der Jahresgebühr, war aber spätestens in dem Augenblick behoben, in dem die versäumte Handlung nachgeholt ist, also am Tage der tatsächlich erfolgten Zahlung, dem 16. 3. 15. Der Antrag auf Wiedereinsetzung hätte daher spätestens am 16. 5. 15 gestellt werden müssen.

2. LG. Hamburg 7. 11. 16, ZIndR. 17, 133. Verpflichtung zum Schadenersatz bei nicht rechtzeitiger Zahlung der überwiesenen Jahresgebühr. Verzögerung der Zahlung infolge Banküberweisung. Bewertung des entstandenen Schadens.

Vgl. auch § 21 Nr. 2.

§ 10.

Nichtigkeitsverfahren.

1. PA. 12. 12. 16, MittVerbdPatAnw. 17, 45. Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung trotz Verhinderung des Nichtigkeitsbeklagten an der Wahrnehmung seiner Rechte.

2. **RG.** 28. 3. 17, UnlW. 17, 55. Nichtigkeitsklage auf Grund von § 10 Abs. 1 Nr. 3 PatG. Erfindungserwerb beim Werkvertrage.

3. PA. 4. 12. 16, ZIndR. 17, 10. Höhe der erstattungsfähigen Gebühren des RA. und Patentanwalts bei Nichtigkeitsklagen. Mag auch die Mühewaltung des Vertreters der Bekl. im Verfahren erster Instanz keine besonders schwierige und umfangreiche gewesen sein, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß es sich bei der vorliegenden Patentstreitsache um einen erheblichen Streitwert handelt, den das RG. auf 70000 M. festgesetzt hat. Zu berücksichtigen ist ferner, daß seitens des Bekl. eine besondere Vergütung für Schreibwerk und Portoauslagen nicht in Rechnung gestellt worden ist, diese somit ebenfalls durch den für die gesamte Mühewaltung des Vertreters der Bekl. von der Vorinstanz zugebilligten Betrag von 500 M. abgegolten ist. Daß der Vertreter der Bekl., worauf die Beschwerdeführerin noch hinweist, bereits in dem der Patenterteilung vorausgegangenen Einspruchs- und Beschwerdeverfahren, in dem es sich um das gleiche Material wie im Nichtigkeitsverfahren handelte, mitgewirkt hat, und somit über den Gegenstand der Klage unterrichtet war, ist für die Berechnung der Höhe der dem Vertreter für seine Tätigkeit im Nichtigkeitsverfahren zuzubilligenden Entschädigung unerheblich, da das Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren in der Art der prozeßrechtl. Verwertung des Rechtstoffes immerhin verschieden sind.

Zweiter Abschnitt. Patentamt.

§ 16.

PA. 17. 3. 17, Bl. 17, 127. Unzulässigkeit der Beschwerde aus § 16 PatG. gegen einen Beschluß, der die materielle Bedeutung der Unionspriorität betrifft.

Vgl. auch § 21 Nr. 1.

§ 19.

1. PA. 16. 11. 17, Bl. 17, 128. Das Recht jedermanns, Einsicht in die Unterlagen einer Anmeldung zu nehmen, besteht nur während der Auslegungsfrist. Danach entscheidet das Ermessen des PA. Gemäß § 23 Abs. 3 PatG. ist während der Auslegungsfrist die Anmeldung mit sämtlichen Beilagen bei dem PA. zur Einsicht für jedermann auszulegen. Diese Auslegungsfrist endet gleichzeitig mit der durch § 24 Abs. 1 u. 2 festgesetzten Ein-

spruchsfrist von 2 Monaten, weil die Auslegungsfrist zugleich die Frist zur Einspruchserhebung ist. Dies ergibt sich aus dem inneren und äußeren Zusammenhange des § 23 Abs. 3 mit dem § 24 des PatG. und aus dem Zwecke der Auslegung, der in der Ermöglichung der Einspruchseinlegung nach § 24 Abs. 2 zu sehen ist. Sofort nach dem Ablauf der Auslegungs- und Einspruchsfrist werden deshalb die Auslegungsaktenstücke mit den übrigen Akten wieder vereinigt, damit die Prüfungsstelle gemäß § 24 Abs. 3 PatG. über die Erteilung des P. Beschluß fassen kann. Dazu hat sie die Auslegungsunterlagen nötig, weil nur auf Grund der Auslegungsunterlagen diese Entscheidung erlassen werden kann Endet aber die Auslegungsfrist nach 2 Monaten gleichzeitig mit der Einspruchsfrist, so erlischt im selben Zeitpunkt auch das im § 23 Abs. 3 PatG. festgesetzte, jeder Nachprüfung des PA. entzogene Recht jedermanns auf Einsicht der Auslegungsunterlagen, d. h. nach diesem Zeitpunkt und solange das P. noch nicht endgültig erteilt ist — § 19 Abs. 3 —, ist die Frage, ob Einsicht in die ausgelegten Unterlagen zu gewähren oder hiervon Abschrift zu erteilen ist, nach § 29 der Kaiserl. VO. zu beantworten. Wäre dies anders, so könnte, wenn das P. nur einem Teile der ausgelegten Ansprüche endgültig erteilt worden ist, jedermann nach dem Zeitpunkte der endgültigen PErteilung auch die Einsicht der Unterlagen verlangen, welche sich auf die vom Anmelder nach dem Ablauf der Auslegungsfristen fallengelassenen oder vom PA. infolge Einspruchs versagten Ansprüche beziehen, obgleich doch nach § 19 Abs. 3 die Einsicht der Unterlagen, auf Grund deren die PErteilung erfolgt, jedermann freisteht. Nach der Auslegungsfrist besteht also ein gesetzl. Anspruch für jedermann auf die Einsicht der Auslegungsunterlagen nicht mehr, sondern wer Einsicht begehrt, muß ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen, wozu nach der ständigen Übung des PA., wenn ein Vertreter Antragsteller ist, gehört, daß er seinen Auftraggeber nennt, damit das PA. in der Lage ist, die Interessen des Anmelders, der im Einspruchsverfahren mit der Patentversagung oder einer Beschränkung rechnen muß, und des Gesuchstellers gegeneinander abzuwägen. Im übrigen ist es selbstverständlich, daß, wenn ein ernsthafter Antrag eines Beteiligten vorliegt, wegen des einstweiligen Schutzes die Einsicht in die ausgelegten Unterlagen, soweit sie nicht inzwischen dem Verfahren entzogen sind — was aber von Fall zu Fall zu prüfen ist —, regelmäßig gewährt werden wird.

2. Akteneinsicht, MittVerbdPatAnw. 17, 54, 67 ff.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Patentsachen.

§ 21.

1. PA. 5. 7. 16, Bl. 17, 120. Keine Vorabentscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung, wenn die Rechtzeitigkeit der nachgeholten Prozeßhandlung im derzeitigen Stadium des Verfahrens nicht zur abschließenden Entscheidung steht. Die Entsch. über die materielle Bedeutung der Unionspriorität für die Patentfähigkeit ist ein Teil der Sachentscheidung, daher nicht Gegenstand der Beschwerde gemäß § 16 PatG. (Die gegen die Aberkennung der dänischen Priorität gemäß § 16 PatG. erhobene Beschwerde ist unzulässig. Wenn auch im einzelnen Falle die Prioritätsfrage lediglich prozessualer Natur sein kann und dann einer mit der Beschwerde aus § 16 PatG. angreifbaren Sonderentscheidung zugänglich ist (vgl. Bl. 15, 29), so ist doch der vorliegende Fall anders geartet. Im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens der Anmeldung vom 13. 3. 15 handelt es sich bei der Frage der Unionspriorität lediglich um die materielle Bedeutung derselben für die Patentfähigkeit der angemeldeten Erfindung. Je nachdem, ob die Auslandspriorität mit Recht oder zu Unrecht in Anspruch genommen wird, steht der Anmeldung eine vermöge der rechtzeitigen Inanspruchnahme der Unionspriorität ältere Anmeldung gemäß § 3 Abs. 1 PatG. entgegen oder nicht. Die Beurteilung der Prioritätsfrage ist daher nur ein Teil der künftigen, lediglich auf Grund des § 16 PatG. anfechtbaren Sachentscheidung. Der Beschl. der Anmeldeabteilung über die Nichtzulassung der beanspruchten Priorität ist daher der Anfechtung im Wege der Beschwerde aus § 16 PatG. entzogen. An dieser Rechtslage wird

auch dadurch nichts geändert, daß durch den angefochtenen Beschluß gleichzeitig der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt worden ist. Zwar kann gemäß dem auch für die Wiedereinsetzung auf Grund der BRVO. v. 10. 9. 14 maßgebenden § 238 Abs. 1 ZPO. an sich über die Wiedereinsetzung gesondert von der nachgeholten Prozeßhandlung entschieden werden. Eine derartige Vorabentscheidung kommt aber nur dann in Frage, wenn die Rechtzeitigkeit der nachgeholten Prozeßhandlung in dem derzeitigen Stadium des Verfahrens überhaupt zur abschließenden Entscheidung steht. Das ist hier nicht der Fall, weil endgültig darüber erst durch die künftige Sachentscheidung befunden werden kann.)

2. PA. 31. 8. 16, Bl. 17, 119. Mit Recht ist der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumnis der Fristen zur Zahlung der zweiten Jahresgebühr zurückgewiesen worden. Denn mit der Eingabe v. 12. 6. 15 hatten die Vertreter des PInhabers angezeigt, daß „das P. verfallen solle". Auf Grund dieser Erklärung ist demgemäß die Löschung des P. in der PRolle erfolgt. Der frühere PInhaber ficht allerdings die Erklärung v. 12. 6. 15 mit der Begründung an, daß sie nur irrtümlich abgegeben sei und daß die ihm gewordene Information, den Verfall des P. dem PA. mitzuteilen, von einer dazu nicht berechtigten Person erteilt worden sei. Diese Anfechtung muß jedoch unberücksichtigt bleiben. Die Erklärung, daß das P. verfallen solle, ist der deutliche Wille des PInhabers, daß er in dem vor dem PA. schwebenden Verfahren auf alle Maßnahmen verzichtet, die das P. wieder ins Leben rufen könnten, also auch auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Zahlungsfristen. Solche prozessualen Erklärungen aber können nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wegen Irrtums nur dann angefochten werden, wenn das Ges., was hier nicht zutrifft, eine solche Anfechtung ausdrücklich zuläßt (vgl. Bl. 09, 302). Wäre aber selbst die Anfechtung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zulässig, so würde sie nach dem, was der Beschwerdeführer zu ihrer Begründung vorgebracht hat, ihm doch nicht zum Erfolg verhelfen können. Denn es handelt sich überhaupt nicht um einen rechtlich beachtlichen Irrtum über den Inhalt der angefochtenen Erklärung, sondern lediglich um einen Irrtum im Beweggrunde zu ihrer Abgabe. Im Augenblick der Abgabe dieser Erklärung war der Erklärende über ihren Inhalt nicht im Zweifel; was er erklärt hat, entsprach durchaus seinem Willen. Ein Irrtum in den Beweggründen ist aber nach anerkannten Rechtsgrundsätzen nicht als wesentlicher i. S. des § 119 BGB. anzusehen. Im übrigen wäre zu berücksichtigen, daß gemäß § 166 BGB., soweit die rechtl. Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt; der Irrtum ist aber im vorliegenden Fall, wenn überhaupt, nicht dem Vertreter, sondern seinem Auftraggeber oder dessen Angestellten untergelaufen, der jenem angeblich eine falsche Mitteilung gemacht haben soll. — Vgl. auch § 9 Ziff. 3. —

3. PA. 27. 3. 17, Bl. 17, 65. Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Verspätete Einzahlung der Beschwerdegebühr. — Der Patenterteilungsbeschl. v. 6. 7. 16 ist der Einsprechenden und Beschwerdeführerin zu Händen ihres Vertreters, des Patentanwalts M. am 10. 7. 16 zugestellt worden. Namens der Einsprechenden hat der Anwalt mit Schriftsatz v. 8. 8. 16 — eingegangen beim PA. am 10. 8. — Beschwerde eingelegt, ohne die Beschwerdegebühr zu zahlen. Am 15. 9. 16 hat dann der Patentanwalt für die nämliche Einsprechende unter Zahlung der Beschwerdegebühr nochmals gegen den Beschl. v. 6. 7. 16 Beschwerde eingelegt, im Anschluß daran aber am 16. 9. 16 beantragt, die Beschwerdeführerin gegen die Versäumung der Beschwerdefrist wieder in den vorigen Stand einzusetzen. Es erging Zwischenbescheid, daß das Beschwerderecht nur einmal ausgeübt werden könne, daß es durch Einreichung der Beschwerdeschrift v. 8. 10. 16 verbraucht sei und daß demnach nachzuweisen sei, daß sie an rechtzeitiger Gebührenzahlung durch den Kriegszustand verhindert gewesen sei. (Alle Prozeßhandlungen der Parteivertreter sind unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, daß sie Handlungen der Partei sind. Wenn auch durch verschiedene Vertreter bewirkt, gehören Einreichung der Beschwerdeschrift

und Einzahlung der Beschwerdegebühr zusammen.) Der geforderte Nachweis ist nicht gelungen. Es steht fest, daß dem Patentanwalt M. trotz telegraphischer Anfrage die Beschwerdegebühr nicht zuging. Bei einer Ges. aber, wie der einsprechenden, ist nicht anzunehmen, daß von den Beamten und Angestellten niemand die Befugnis haben soll, in Abwesenheit des Direktors, wo es sich um Wahrung und Erhaltung eines sonst unwiederbringlich verloren gehenden Rechts handelt, den geringen Betrag von 20 M. zu zahlen. Wollte aber die Ges. erst vom Prof. B. Weisungen einholen, so rechtfertigt das nicht die Unterlassung der Zahlung der Beschwerdegebühr. Diese ist ein Formale der Beschwerdeeinlegung und es geht nicht an, den einen wichtigsten Teil des Rechtsakts vorzunehmen, den anderen aber in der Schwebe zu lassen. Auch der Umstand ändert nichts, daß seitens des Vertreters der Anmelderin Einwendungen gegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erhoben sind.

4. PA. 15. 9. 16, Bl. 17, 63. Dem angefochtenen Beschl. kann darin nicht zugestimmt werden, daß die Löschung des P. in der Rolle ein rechtliches Hindernis für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand biete. Die Wiedereinsetzung soll ihrem Wesen nach gerade dazu dienen, Rechtswirkungen, die infolge der Versäumnis einer Frist eingetreten sind, zu beseitigen. Insofern stellt die Wiedereinsetzung nicht Recht fest, sondern schafft in gewissem Sinne aus Gründen der Billigkeit einen neuen Rechtszustand. Es wird der verspäteten Prozeßhandlung kraft behördlicher Anordnung die Wirkung einer rechtzeitigen verliehen (vgl. Bl. 16, 103), also das scheinbar bestehende formale Recht überwunden. Eine Einschränkung hat das Ges. in dieser Hinsicht nicht gegeben. Es sind nicht etwa alle die Fälle auszuschließen, in denen eine bisher geschützte Erfindung infolge Fristversäumnis ins Freie gefallen oder von diesen Fällen alle die, in denen diese Rechtsveränderung öffentlich verlautbart worden ist. Zwar schafft die Wiederaufrichtung eines Schutzes, den die allgemeine Zeit als beseitigt ansah, eine gewisse Rechtsunsicherheit. Deshalb im PatG. die Wiedereinsetzung i. d. v. St. nicht anerkannt, im Entwurf von 1913 nur auf die Fälle beschränkt, in denen Verfahrensvorschriften versäumt worden sind, ohne Ausdehnung auf die Fälle der Versäumnis von Gebührenfristen. Diesen Unterschied hat VO. v. 10. 9. 14 absichtlich nicht gemacht. Träfe die entgegengesetzte Ansicht zu, so wäre eine W. i. d. v. St. überall ausgeschlossen, wo ein endgültiger Zustand zugunsten der Allgemeinheit geschaffen ist, wie z. B. bei Versagung eines P. und folgender Versäumnis der Beschwerdefrist, bei Nichtigkeitserklärung und Versäumung der Berufungsfrist.

§ 24.

Schrifttum. Herms: Nachträgliche Beibringung von Einspruchsmaterial, GewRSchutz 17, 47. (Soll der Einsprecher immer nur auf die alten Gründe angewiesen bleiben, die er mit Rücksicht auf den ausgelegten Wortlaut gesammelt hat? Nach dem Ges. u. der bisherigen Praxis: Ja. Billiger wäre es aber, ihm, wenn er sich trotz der Anspruchsänderung noch beschwert fühlt, für die zweite Instanz das Recht einzuräumen, die neuen Angriffsmöglichkeiten durch Vorbringung neuen Materials auszunutzen. De lege lata kann dieser Erfolg nur erreicht werden, wenn das PA. unter Versagung des Patentgesuchs und Zusicherung der Priorität desselben es dem Anmelder anheimstellt, den geänderten Anspruch zum Gegenstand einer Neuanmeldung zu machen, um so eine abermalige Auslegung und damit die formelle Möglichkeit zur Beibringung von weiterem Einspruchsmaterial zu schaffen.)

Einspruchsverfahren.

1. Einspruch im Namen eines Fabrikantenverbands, MittVerbdPatAnw. 17, 51.

2. Begründung des Einspruchs innerhalb der Einspruchsfrist. PA. 14. 12. 16, MittVerbdPatAnw. 17, 32. Nach Ablauf der Einspruchsfrist kann dritten Personen, die am Verfahren nicht beteiligt sind, die Einsicht in die Auslegestücke einer schwebenden Patentanmeldung nur dann gestattet werden, wenn ein besonders berechtigtes Interesse an der Kenntnisnahme dargetan wird. In dieser Beziehung hat die Antragstellerin lediglich geltend gemacht, daß sie sich mit Holzimprägnierungen beschäftige und deshalb eine Abschrift der ausgelegten Unterlagen haben möchte. Diese Angaben lassen aber ihr Interesse

an der Kenntnis der Auslegestücke nicht als berechtigtes erhellen, denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern dasselbe mit der patentrechtl. Bedeutung der Rechtsakte des Erteilungsverfahrens zusammenhängen soll und rechtl. Verhältnisse der im Auslande domizilierenden Antragstellerin durch die Anmeldung berührt werden. Dem Widerspruch der Anmelderin war daher stattzugeben und der Antrag auf Offenlegung der Auslegestücke abzulehnen.

3. PA. 18. 12. 16, Bl. 17, 6. Ist als Grundsatz aufzustellen, daß der Einsprechende den Beweis für die von ihm behauptete offenkundige Vorbenutzung auf seine Kosten zu führen hat, so ergibt sich auch kein Bedenken, die Vorschrift des § 379 ZPO., wonach das Gericht die Ladung eines Zeugen davon abhängig machen kann, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung der Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt, auf das Patenterteilungsverfahren entsprechend anzuwenden. Die Einforderung eines Kostenvorschusses durch die Anmeldeabteilung ist hiernach durch das Gesetz gerechtfertigt. Aus dem Ausbleiben der Zahlung ergibt sich ohne weiteres die Folge, daß der Beweis für die aufgestellte Behauptung der offenkundigen Vorbenutzung als nicht geführt angesehen und das Patent erteilt werden muß.

§ 26.

Beschwerdeverfahren.

1. PA. 2. 10. 16, Bl. 17, 126. Das Beschwerderecht ist gegeben, um vermeintliche Rechtsnachteile, die sich aus dem angegriffenen Beschluß ergeben würden, abzuwenden. Die Beschwerdeführerin erklärt jedoch in der Eingabe v. 28. 7. 16, daß sie ein materielles Interesse an der Änderung der Entsch. nicht mehr habe, weil sie sich mit der Bekl. geeinigt habe und jede Partei die ihr entstandenen Kosten selbst trage. Wenn sie sodann erklärt, daß sie den Eindruck vermeiden wolle, als wenn sie Kosten angegeben habe, die ihr in Wirklichkeit nicht entstanden seien, so berührt dies die zu entscheidende Frage nicht. Denn auch aus dieser Erklärung geht hervor, daß es der Beschwerdeführerin nicht auf eine Änderung der Rechtsfolgen der angefochtenen Entsch. ankommt als vielmehr auf eine lediglich tatsächliche Feststellung, daß die von ihr in Rechnung gestellten Kosten ihr auch in Wirklichkeit erwachsen sind. Solchen Zwecken darf aber das Rechtsmittel der Beschwerde nicht dienen. Die Beschwerde war somit zurückzuweisen.

2. PA. 3. 7. 17, Bl. 17, 128. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist, daß gemäß § 22 PatG. die Anmeldung durch die (jetzt an Stelle der Anmeldeabteilung getretene) Prüfungsstelle zurückgewiesen worden ist. Ein solcher Zurückweisungsbeschluß liegt nicht vor (nur ein Bescheid der Prüfungsstelle, in dem unter Entgegenhaltung mehrerer Patentschriften der Gegenstand der Anmeldung als nicht patentfähig erklärt wird). Daran wird auch durch die allerdings mißverständliche Erklärung der Prüfungsstelle, daß die Prüfung mit diesem Bescheide als abgeschlossen gelte, nichts geändert. Wenn nun trotz dieser Prozeßlage durch die Einlegung der Beschwerde und die Zahlung der im § 26 vorgesehenen Gebühr eine Entsch. der Beschwerdeabteilung begehrt wird, so ist diese Beschwerde an sich nicht statthaft und gemäß § 26 Abs. 2 als unzulässig zu verwerfen. Die Beschwerde kann auch nicht als nach § 16 PatG. zulässig erachtet werden derart, daß nur die rechtsirrtümlich erfolgte Zahlung der Gebühr als überflüssig zu erachten sein würde, denn im § 16 ist nur von Beschlüssen der Anmeldeabteilungen und der Nichtigkeitsabteilung die Rede, gegen die die Beschwerde stattfindet. Ein Beschluß der Anmeldeabteilung (oder der Prüfungsstelle) liegt aber, wie gesagt, nicht vor. Die Erwägung, daß die Anmelderin über die Zulässigkeit der Beschwerde sich in einem Rechtsirrtum befunden haben mag, kann eine andere Entscheidung nicht herbeiführen. Weder das PatG. noch die ZPO. enthalten eine Vorschrift, wonach ein Rechtsirrtum zu berücksichtigen ist.

Vierter Abschnitt. Strafen und Entschädigung.

§ 35.

Schrifttum: Breslauer, Patentverletzungsklage, MittVerbdPatAnw. 17, 93. — Breslauer, Die subjektive Patentverletzung in der Praxis, GewRschutz 17, 153. — Isay,

Teilurteile in Patentprozessen, GewRschutz 17, 106. In der Regel wird im Falle einer Patentverletzung neben dem Anspruch auf Unterlassung weiterer Verletzungen auch der Anspruch auf Schadenersatz wegen der bisher erfolgten Verletzungen geltend gemacht, außerdem der Anspruch auf Rechnungslegung. Das Gericht hat grundsätzlich über alle dort erhobenen Ansprüche gleichzeitig, und zwar über den Schadenersatzanspruch dem Grunde nach zu entscheiden. Ein Teilurteil über die Ansprüche auf Unterlassung und Rechnungslegung allein ist zu vermeiden, ebenso ein solches bloß über den Unterlassungsanspruch. — Ohnesorge, Zur Frage des Verschuldens bei Patentverletzungen, MittVerbdPatAnw. 17, 105. — Spielmann, Vertretung der Parteien in Patentprozessen durch Patentanwälte, GewRschutz 17, 116. — Wirth, Fragestellungen zur groben Fahrlässigkeit des Patentverletzers, MittVerbdPatAnw. 17, 17.

1. **RG.** (Strafs.) 3. 11. 16, ZIndR. 17, 17. Für die Feststellung der Patentverletzung ist zunächst der Erfindungsgedanke des P. zu ermitteln. Ob die Gutachter ihre Aussagen in glaubwürdiger Weise erstattet haben, ist gleichgültig; wesentlich ist, ob ihre Beurteilung sachlich zutrifft. Zur Beurteilung der wissentl. PVerletzung . . . Hierbei hat das Gericht nicht verkannt, daß die Vorstellung von der Möglichkeit einer PVerletzung und der gleichwohl vorgenommenen Benutzung der Erfindung i. S. von § 36 PatG. der wissentl. PVerletzung gleichsteht, aber die Überzeugung gewonnen, daß auch diese Vorstellung und dieser Vorsatz dem Angekl. gefehlt habe. Diese Feststellungen werden dadurch getragen, daß als erwiesen angenommen ist, der Angekl. sei der bestimmten Meinung gewesen, das von ihm angewandte Verfahren sei ein völlig anderes als das, was durch den PAnspruch geschützt sei. Mag diese Meinung richtig oder unrichtig sein, jedenfalls betrifft sie Inhalt und Gegenstand der PErteilung und das Verhältnis des vorgestellten geschützten Verfahrens zu dem vom Angekl. angewandten. Selbst wenn daher tatsächlich das Verfahren des Angekl. ebenfalls den Gegenstand des PAnspruchs bildet, so läge doch ein das tatsächl. Gebiet betreffender Irrtum vor (StGB. § 59, **RG.** 43, 397). Aus der im Urteil gegebenen Begründung von der Überzeugung und der Vorstellung des Angekl. ergibt sich auch, daß das Gericht zu dieser Annahme unbeeinflußt durch den Mangel an eigenem Urteil über den Inhalt des PAnspruchs und das Vorliegen einer tatsächl. PVerletzung gelangt ist.

2. **RG.** (Strafs.) 19. 2. 17, JW. 17, 370, ZIndR. 17, 77. Auch wer die durch das P. geschützte Erfindung nur in geringem Umfange oder durch unvollkommene Mittel verletzt, benutzt den Erfindungsgedanken.

3. **RG.** 5. 3. 17, ZIndR. 17, 122. PVerletzung. Verneinung der Wissentlichkeit oder groben Fahrlässigkeit mit Rücksicht auf das Ergebnis von Gutachten (namentlich das Obergutachten des PA).

4. **RG.** 28. 3. 16, MschutzuWettbew. 17, 137. Einer PVerletzung macht sich auch der schuldig, der eine Erfindung unbefugt gewerbsmäßig in Benutzung nimmt und nicht nur derjenige, der den Gegenstand der Erfindung gewerbsmäßig herstellt, in Verkehr bringt, feilhält.

5. LG. Berlin 26. 10. 15, KG. 8. 11. 16, ZIndR. 17, 150. PVerletzung durch Anfertigung eines Teilelements der Erfindung.

6. Karlsruhe 7. 11. 16, LeipzZ. 17, 290. Der auf Herausgabe eines Gewinns verklagte Patentverletzer kann unter den eigenen Herstellungskosten auch einen Teil seiner Generalunkosten in Rechnung stellen.

7. **RG.** 2. 12. 16, Bl. 17, 19. Die Frage der Erfindungshöhe und der Patentwürdigkeit ist im Verletzungsprozeß nicht zu prüfen.

8. **RG.** 18. 11. 16, Bl. 17, 51. Es kann wegen der PVerletzung durch eine GmbH. neben dieser auch ihr Geschäftsführer verklagt werden. Denn der gesetzl. Vertreter ist derjenige, durch dessen Handeln die angebliche Beeinträchtigung des Rechts stattgefunden hat und weiter zu befürchten ist, also in erster Linie der Störer i. S. des § 1004 BGB. Darauf, ob die Störung für eigene Rechnung des gesetzl. Vertreters oder nur im Interesse der Gesellschaft stattfindet, kommt es nicht an.

9. **RG.** 10. 10. 14, ZJndR. 17, 75. Patentverletzung. Verwendung eines zwar nicht neuen, aber in seiner besonderen Wirkung nicht erkannten Zwischenprodukts. Abweichung von der Aufeinanderfolge der Arbeitsvorgänge eines patentierten Verfahrens.

10. **RG.** 18. 11. 16, ZJndR. 17, 47. Unterbrechung des Patentverletzungsstreites durch Konkurs des wegen Verletzung Beklagten.

Internationales Recht.

PA. 16. 10. 17, Bl. 17, 121. Serbien ist i. S. des Völkerrechts — occupatio bellica — nur kriegerisch besetzt, hat aber nicht aufgehört, völkerrechtlich als Staat zu existieren, zählt sohin nicht, wie in der Beschwerdebegründung v. 7. 9. 17 ausgeführt wird, zu den Staaten Österreichs. Ist dem aber so, dann ist der angegriffene Beschl. zutreffend, weil die BRVO. v. 10. 9. 14 zugunsten der Angehörigen Serbiens mangels Gegenseitigkeit — § 3 BRVO. — keine Anwendung finden kann. Es kann deshalb weder von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch von einer nachträgl. Stundung die Rede sein.

Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern.

1. Dunkhase, Der Anmeldetag und seine Bedeutung für die Priorität und den Beginn der Schutzzeit des Gebrauchsmusters, ZJndR. 17, 157.

2. Dunkhase, Der Gebrauchsmusterschutz, MschutzuWettbew. 17, 120. (Der Aufsatz will keine erschöpfende Darstellung des Gebrauchsmusterschutzes geben, sondern soll nur ein Versuch sein, für diesen Schutz von einem neuen Gesichtspunkt aus klare Grundsätze aufzustellen in ähnl. Weise, wie das Verf. früher (MschutzuWettbew. 16, 300) für das dem Gebrauchsmusterrecht nahestehende Patentrecht getan hat.)

3. Heimann, Freigabe der ursprünglichen Unterlagen von Gebrauchsmustern, MittVerbdPatAnw. 17, 9.

4. Stern, Zur Frage der Schutzdauerverlängerung der Gebrauchsmuster, Mitt.-VerbdPatAnw. 17, 50.

5. Wertheimer, Zwangslizenz und Vertragslizenz, Zwangslizenz und Gebrauchsmuster, GewRschutz 17, 27.

6. **RG.** 27. 9. 16, DJZ. 17, 329. Voraussetzungen des Gebrauchsmusterschutzges.

7. KG. 8. 11. 16, ZJndR. 17, 138. Gebrauchsmusterverletzung. Gutgläubigkeit der Benutzung.

8. **RG.** 12. 5. 17. Erfindungsqualität des Gebrauchsmusters. Teil einer komplizierten Maschine als Gebrauchsgegenstand. Auffassung der Erfindung als Vorrichtung oder als Verfahren.

---

§ 1.

Wesen des Gebrauchsmusters. Verletzung eines solchen.

1. KG. 13. 2. 17, ZJndR. 17, 48. Mangelnde Erfindungsqualität eines Modelles. Eingetragen ist das GebrM. N. . . ., dessen Anspruch lautet: Trikot-, Direktoire- oder Reformbeinkleid, derartig gekennzeichnet, daß am Ende des Beinkleids künstlich eingewebte Bordüren, Spitzen, Durchzüge, Hohlsäume sich befinden, die dem Bein einen Abschluß und ein elegantes Aussehen gewähren. . . . Nimmt man selbst an, daß durch die Herstellung von Stoff und Spitzen in einem Stück ein Fabrikationsvorteil erzielt werde, so zeigt die Ersetzung des Stoffes mit angenähten Spitzen durch einen Stoff mit eingewebten Spitzen nicht den geringsten Grad einer erfinderischen Tätigkeit. Der Stoff war bekannt. Die Herstellung von Stoff und Spitzen in einem Stück war bekannt. Die Verwendung gleicher oder gleichartiger Stoffe für Damenbekleidungsstücke (Kleider, Handschuhe) war bekannt. Verlangte es die fortschreitende Verfeinerung des Wäschestücks, daß auch Direktoire- und Reform-

beinkleider wie sonst die Wäschestücke der Damen, mit Spitzen zu versehen sind, so lag die Annahme ohne weiteres nahe, daß der einheitliche Stoff im Wäschestück gefällig im Aussehen und dennoch haltbar im Tragen sein könnte, und damit der Gedanke, den an sich bekannten Stoff zu verwenden. Eine Schwierigkeit, die Raum für die Aufbietung erfinderischer Tätigkeit gab, konnte nur auf ästhetischem Gebiete liegen, ihre Lösung zu einem Geschmacksmuster führen.

2. KG. 3. 1. 17, GewRschutz 17, 192. Für die (auf Löschung) Bekl. war als GebrM. eine „Schachtel mit durchsichtigen Teilen" eingetragen; die Schutzfrist ist während des erstinstanzl. Verfahrens abgelaufen. ... Die Bekl. verfolgt mit ihrer Widerklage die kläg. Zigarrenpackung nicht nach ihrer äußeren Erscheinung, sondern nach der durch die durchsichtige biegsame Vorderwandung erzielten technischen Funktion; sie beschränkt sich insbesondere nicht auf ein Material von bestimmter äußerer Erscheinung, sondern will jedes durchsichtige biegsame Material, abgesehen vom Aussehen ergreifen, jede handliche, allseitig verschlossene Pappackung für 5 oder 10 Stück Zigarren, deren durchsichtige biegsame Vorderwandung dem Käufer ein Beschauen und Befühlen der Ware ermöglicht. Für eine derartige Funktion kommt aber nach der geltenden Gesetzgebung und nach der herrsch. Rechtspr. (**RG.** 54, 175; 69, 31) nur der für technische Erfindungen vorgesehene Patent- oder Gebrauchsmusterschutz in Betracht.

3. **RG.** 3. 7. 16, GewRschutz 17, 82. Es liegt ein zum Schadensersatz verpflichtender Eingriff in einen Gewerbebetrieb i. S. des § 823 BGB. vor, wenn jemand auf Grund eines ihm angeblich zustehenden Gebrauchsmusters die Herstellung des durch das Gebrauchsmuster geschützten Gegenstandes dem diesen herstellenden Gewerbetreibenden verbietet. Wer auf Grund der Eintragung eines Gebrauchsmusters mit dem einschneidendsten Verbot, die Ware weiter herzustellen und feilzuhalten, in einen fremden Gewerbebetrieb eingreift und dadurch Schaden verursacht, muß fortdauernd aufs sorgfältigste prüfen, ob und wielange er hierzu berechtigt ist. Umstände, unter denen sich der Verbietende schadensersatzpflichtig macht, wenn feststeht, daß das eingetragene Gebrauchsmuster nicht neu, also nicht schutzfähig war.

4. Dresden 19. 3. 13, GewRschutz 19, 33. Wirksamer Verzicht auf die Löschungsklage. Das LG. hat den Einwand des Verzichts mit Recht beachtet. Zwar ist in der Rechtspr. die Ansicht vertreten worden, daß auf die Popularklage auf Löschung eines nicht zu Recht bestehenden Gebrauchsmusters wegen des Interesses der Allgemeinheit an dieser Löschung nicht wirksam verzichtet werden könne (vgl. Bl. 06, 309). Es mögen auch Fälle denkbar sein, wo das ganze Verhalten der bei dem Verzicht Beteiligten derart gegen die Interessen der Allgemeinheit verstößt, daß der Verzicht, regelmäßig schon wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam ist. Im allg. ist aber daraus, daß das Ges. die Löschungsklage den einzelnen zur Durchführung vor den ordentl. Gerichten nach den Regeln des Parteiprozesses überläßt, zu entnehmen, daß es das öffentl. Interesse durch das Interesse insbesondere der beteiligten Kreise genügend gewahrt erachtet und deshalb eine Beschränkung der einzelnen nicht für geboten ansieht. Daß nach der Ansicht des RG., Bl. 02, 177 ein Verzicht auf die Patentnichtigkeitsklage wenn auch nicht ohne alle Wirkungen ist, so doch die Erhebung dieser Klage selbst nicht hindert, steht der Zulässigkeit eines Verzichts auf die Löschungsklage nach § 6 GMG. nicht entgegen; denn wie Cantor, Gebrauchsmusterschutz 858 zutreffend ausführt, ist die Patentnichtigkeitsklage öffentl.-rechtl. Natur und vor dem PA. durchzuführen, das nach Erhebung der Nichtigkeitsklage von Amts wegen in eine Nachprüfung des P. eintritt. Die Regeln des Parteiprozesses kommen hier nur insoweit zur Anwendung, als sie der öffentl.-rechtl. Charakter des Verfahrens nicht ausschließt.

5. Hamburg 27. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 121. Beim Fehlen eines Gebrauchsmusterschutzes ist die Nachahmung eines Gegenstandes nicht unzulässig (auch nicht nach § 1 UnlWG. und § 826 BGB.). Erst in einer sklavischen Nachahmung verbunden mit verwechslungsfähiger Bezeichnung kann Sittenwidrigkeit gefunden werden.

6. **RG.** 7. 10. 16, Bl. 17, 9. Da es sich bei den Widerständen um ein Gebiet handelt, auf dem sich der menschl. Geist in erfinderischem Maße hervorragend betätigt hat und bei dem auch schon verhältnismäßig kleine Verbesserungen große wirtschaftl. Vorteile, durch die der Markt beherrscht werden kann, bedeuten, lag der Gedanke nahe, daß es sich beim Gebrauchsmuster der Kl. doch nicht um eine ganz naheliegende Maßnahme gehandelt haben kann und daß doch ein gewisses Maß erfinderischer Tätigkeit hat aufgewandt werden müssen, um einen Rheostaten von dieser Vollkommenheit zu schaffen. . . . Daß die Kl. das Neue in ihrem Gebrauchsmuster ursprünglich in anderen Vorzügen erblickt und mit ihren Behauptungen mehrfach gewechselt hat, ist belanglos; denn ihr Schutz erstreckt sich darauf, um was die Technik objektiv bereichert worden ist.

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.

Schrifttum: Adler, Der Entwurf eines ungarischen Gesetzes btr. den Markenschutz, GewRschutz 17, 3. — Fuld, Der Bezeichnungszwang für Waren und das Wettbewerbsgesetz, GewRschutz 17, 120. — Hoffmann, Zur Geschichte des Zeichenschutzes in Bayern, GewRschutz 17, 49. — Kuhlmann, Eingriff in die Warenzeichenrechte feindlicher Staatsangehöriger, DJZ. 10, 231. — Niebour, Malerische und plastische Bildwerke aus der deutschen Zeichenrolle, MschutzuWettbew. 16, 213, 261. — Rosenthal, Die mißbräuchliche Verwendung von Schlagworten, MittVerbdPatAnw. 17, 98. — Schanze, Über die Eintragung und Löschung des Warenzeichens, MschutzuWettbew. 17, 165. Das Zeichenrecht, dessen Eintragung der materiellen Voraussetzungen ermangelt, ist in gewisser Weise eigenartig. Die Eigenartigkeit, Minderwertigkeit bezieht sich aber, solange die Eintragung besteht, nicht auf den Inhalt des Rechts. Sie äußert sich vielmehr darin, daß der Bestand des Zeichenrechts unter der Resolutivbedingung der Löschung steht. — Tischbein, Schutz uneingetragener Warenzeichen des Händlers durch Eintragung der Zeichen für den Fabrikanten, MittVerbdPatAnw. 17, 110. — Urbach, Vergleichende Darstellung des ungarischen und deutschen Warenzeichenrechts, MschutzuWettbew. 16, 227, 17 1, 25. — ZIndR. 17, 9. Eintragung einer großen Reihe der englischen Sprache entnommenen Worte als Warenzeichen.

§ 1.

Wesen des Warenzeichens, insbesondere Unterscheidungskraft.

1. **RG.** 23. 3. 17, R. 17 Nr. 1342. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn jemand eine schon lange von einem anderen benutzte Bezeichnung sich nur zu dem Zwecke als Warenzeichen eintragen läßt, um den anderen am ferneren Gebrauch der Bezeichnung zu verhindern. Eine solche Eintragung ist als unzulässig wieder zu beseitigen.

2. Dresden 5. 1. 16, R. 17, 33. Eine Deckelausschmückung für Kalender mit der Bezeichnung „Kriegskalender" und dem Kaiserbild in Mitte der Reichsfarben genießt keinen Ausstattungsschutz, weil ihr die Unterscheidungskraft gegenüber zahlreichen ähnlichen Ausstattungen fehlt.

3. Hamm 9. 1. 17, UnlW. 17, 160. Mit **RG.** 69, 379 ist davon auszugehen, daß Defensivzeichen zulässig, aber nicht unbeschränkt zulässig sind. Sie sind grundsätzlich gestattet. Die Erlangung und die Berufung auf sie kann aber einen Mißbrauch, einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen. Es muß auf berechtigte entgegenstehende Interessen Rücksicht genommen werden. Als Mißbrauch ist es anzusehen, wenn jemand ein Defensivzeichen eintragen läßt, das offensichtlich außerhalb des Bereiches des zu schützenden Zeichens liegt, oder wenn er ein ganzes System für die Gestaltung von Warenzeichen sich vorzubehalten sucht — etwa die Verbindung von einzelnen Buchstaben mit Darstellungen von bestimmten Maschinen — ohne Rücksicht darauf, ob eine Verwechslungsgefahr besteht oder nicht. Wollte man auch in solchen Fällen das Defensivzeichen für zulässig halten, so würde das Ergebnis eine ungerechtfertigte Hinderung des Verkehrs sein.... Hieraus ist aber nichts gegen die Zulässigkeit des Defensivzeichens über-

haupt zu entnehmen. Der Mißbrauch eines formalen Rechts ist sicherlich dann nicht gegeben, wenn das Defensivzeichen lediglich dazu dient, die Zweifel über den Schutzumfang eines Zeichens, wie sie sich aus § 20 WZG. ergeben, zu beseitigen. Es ist immer mehr oder weniger Auffassungssache, wie weit dieser Schutz reicht. Auch die Gerichte werden darüber oft verschieden urteilen. . . . In solchen Fällen ist die Erwirkung eines Defensivzeichens eine unbedenklich zulässige, der Schaffung klarer Verhältnisse dienliche und daher empfehlenswerte Maßnahme. Wenn das Defensivzeichen als zulässig anzusehen ist, dann ist auch notwendig, daß es tatsächlich zur Bezeichnung von Waren verwandt wird.

§ 3.

PA. 22. 10. 17, Bl. 17, 131. Die Zeichenrolle ist ein öffentl. Register, das über Rechtsverhältnisse Auskunft geben soll. Ein solches Register muß in erster Linie klar und übersichtlich, sein Inhalt kurz und bündig sein. Eine Belastung des Registers mit weitschweifig erklärenden Angaben wäre geradezu zweckwidrig. Solchermaßen das Wesen der Zeichenrolle bewertend, haben die Abteilungen für Warenzeichen — von verschwindend wenigen Ausnahmefällen abgesehen — in ständiger Übung die Vorschriften des § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Ziff. 2 WZG. dahin ausgelegt, daß die Rolle wohl darüber Auskunft geben müsse, ob der Anmeldung eine Beschreibung beigefügt sei, daß aber die Wiedergabe des Inhalts der Beschreibung durch eine Bezugnahme auf die bei den Akten befindliche und in einer zweiten Ausfertigung (in der Auslegehalle des Amts) zu jedermanns Einsicht offenliegende Urkunde ersetzt werden könnte. Eine solche, in dem Rollenvermerk „der Anmeldung ist eine Beschreibung beigefügt" zum Ausdruck kommende Bezugnahme macht die Beschreibung zu einem Teil der Zeichenrolle.

§ 4.

Nichteintragbare Warenzeichen.

1. PA. 24. 11. 16, UnlW. 17, 258. Für die Anwendung des § 4 Ziff. 1 ist das Bedürfnis des Verkehrs an der Freihaltung gewisser Wörter maßgebend.

2. PA. 24. 11. 16, UnlW. 17, 212. Auch neugebildete Wörter können Beschaffenheitsangaben i. S. des § 4 Ziff. 1 WZG. sein. Maßgebend ist allein, ob das betreffende Wort, sobald es auf Waren angebracht und im Geschäftsverkehr bei dem Vertrieb der Waren gebraucht wird, nach dem Sprachgebrauche oder nach den Regeln der Sprachbildung in den beteiligten Kreisen als ein Hinweis auf die Beschaffenheit der Ware zu gelten hat. Bei Dracorubin handelt es sich um einen sprachüblich gebildeten Fachausdruck, dessen der Verkehr zur Kennzeichnung eines Farbstoffes bestimmter Beschaffenheit bedarf.

3. PA. 7. 3. 17, UnlW. 17, 208. Beschaffenheitsangaben können nicht nur solche Angaben sein, die unter Benutzung der bereits der Verkehrssprache bekannten Ausdrücke erfolgen, sondern auch neue sprachüblich gebildete Worte. Maßgeblich ist allein, ob das betreffende Wort, sobald es auf den Waren angebracht und im Geschäftsverkehr bei dem Vertriebe der Waren gebraucht wird, nach dem Sprachgebrauche oder nach den Regeln der Sprachbildung in den beteiligten Kreisen als eine Angabe über die Beschaffenheit der Ware angesehen wird. Trifft dies zu, so ist ein Bedürfnis nach Freihaltung des Wortes für den allgemeinen Verkehr anzunehmen („Waschkraft").

4. PA. 13. 9. 16, UnlW. 17, 211. „Stichprobe" als Beschaffenheitsabgabe nicht eintragbar.

5. PA. 31. 5. 16, UnlW. 17, 210. Beanstandung eines Zeichens als Beschaffenheitsangabe in der Beschwerdeinstanz im Widerspruchsverfahren von Amts wegen.

6. PA. 4. 11. 16, UnlW. 17, 163. „Naturgold" als Beschaffenheitsangabe für Zigaretten.

7. PA. 8. 1. 17, MSchutzuWettbew. 17, 116. Fremdsprachl. Worte, die nur in lokaler oder prinzipieller Bedeutung Beschaffenheitsangaben darstellen, sind eintragbar. Das Wort „Krumbles" ist für Nahrungsmittel aus Weizen schutzfähig.

8. **RG.** 12. 1. 17, R. 17 Nr. 1341. Die Worte „Stiefel-System Dr. R." bedeuten nach dem allgemeinen sprachl. Verständnis Stiefel, die nach dem System eines Dr. R. und also nach einem System hergestellt sind, das von einem praktischen Arzt herrührt, von einem solchen nach wissenschaftl. Grundsätzen erdacht oder doch ausgebaut ist, irgend etwas Besonderes in sich schließt. Wenn es Stiefel-System Dr. R. gibt, muß es vor allem ein System Dr. R. geben.

9. PA. 1. 7. 16, UnlW. 17, 210. Flottenatmer ist als Bestimmungsangabe für TaucherRettungs-, Atmungs-, Wiederbelebungs- und medizinische Apparate nicht schutzfähig.

10. PA. 19. 2. 16, UnlW. 17, 208. Die Bedeutung eines Zeichens bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Gebrauchs eines fremden Namens in einem Zeichen.

11. Hamburg 18. 10. 17, HansGZ. 17 Hbl. 305. Ein Freizeichen ist als Bestandteil eines Warenzeichens des Schutzes des § 20 teilhaftig. Anspruch auf Löschung des zu einer eingetr. Firma gehörigen Wortes „Hindenburg", wobei durch das Wort ein eingetragenes WZ. verletzt wird.

§§ 5, 6 (vgl. auch § 20).

Verwechselbarkeit der Warenzeichen, Warengleichartigkeit.

1. PA. 29. 1. 17, MittVerbdPatAnw. 17, 56. „Gleichartigkeit der Waren" und Übereinstimmung des Geschäftsbetriebs.

2. Dresden 3. 1. 17, ZIndR. 17, 139. Gleichartigkeit von Waren. Essenzen und alkoholfreie Getränke sind gleichartig. Essenzen und Bier nicht.

3. **RG.** 24. 10. 16, MSchutzuWettb 17, 141. Für die Frage der Gleichartigkeit kommt es vornehmlich darauf an, ob die Waren vermöge ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrer Verwendung einander nahe stehen, ob zufolge der für sie geführten Zeichen die Möglichkeit und somit die Gefahr einer Täuschung im Verkehr besteht, insbesondere nach der Richtung hin, daß bei Verwendung des gleichen Zeichens für die Waren im Verkehr ein Hinweis auf die gleiche Herkunftstelle gefunden werden kann (R. 09 Nr. 3863). Belanglos ist es, ob die eine Ware als Heilmittel äußerlich, die andere innerlich zur Anwendung kommt, auch unter welcher Warenklasse die Waren in der Zeichenrolle eingetragen sind.

4. PA. 28. 3. 16, UnlW. 17, 209. Das Widerspruchsrecht besteht auch gegenüber solchen Waren, die dem Widersprechenden früher versagt sind.

5. PA. 25. 11. 16, MittVerbdPatAnw. 17, 87. Sind Warenzeichen eines feindl. Auslandes beim Widerspruchsverfahren zu berücksichtigen, so wird die schwebende Warenzeichenmeldung eines Deutschen bis nach Kriegsende ausgesetzt.

§§ 8, 9.

1. LG. Berlin I 11. 7. 16, ZIndR. 17, 103. Teillöschung wegen teilweiser Aufgabe des Geschäftsbetriebs.

2. Verwechslungsfähigkeit. Löschung eines vom PA. nicht für verwechselungsfähig angesehenen Zeichens. Hamburg 27. 5. 16, ZIndR. 17, 92. Die Löschung kann aus zeichenrechtl. Gründen nur beansprucht werden, wenn das Zeichen Gargantua mit Garg oder Gargoyle verwechslungsfähig ist. Diese Verwechslungsfähigkeit ist vom PA. verneint worden unter dem Hinweis, daß die Zeichen klanglich und figürlich auffällig verschieden seien, auch sprachlich eine verschiedene Bedeutung hätten, da Gargoyle englisch so viel wie Wasserspeier bedeute, während Gargantua der Name des Helden des Rabelaisschen Romans sei. Was den letzteren Grund anlangt, so kann an den Durchschnittskonsumenten von Schmieröl nicht der Maßstab fremdsprachlich und literarisch gebildeter Männer gelegt werden. Bei ihm wird also beim Lesen des einen oder anderen Wortes die Erinnerung an den Rabelaisschen Romanhelden oder an den Wasserspeier nicht notwendig wachgerufen werden. Es darf vielmehr angenommen werden, daß die in der verschiedenen Bedeutung der beiden Worte liegende Unterscheidungskraft mindestens bei einem Teile des verbrauchenden Publikums versagen wird. Folgen Ausführungen, daß das Wort Gargantua sicher nicht

gewählt, weil es Riese bedeutet. Anfänglicher Versuch, sich Gargeagle schützen zu lassen. Wahl eines Wortes mit dem Namen Garg, weil für geeignet gehaltend zur Irreführung des Publikums. Aus Verwechslungsabsicht also Rückschluß auf Verwechslungsgefahr möglich, zwar nicht zwingend, da die Absicht, Verwechslungen herbeizuführen, auch mit Mitteln erstrebt werden kann, die zwar für tauglich gehalten, in Wahrheit aber nicht objektiv tauglich sind. Insofern also Verwechslungsabsicht nur unterstützendes Moment für die Beurteilung der objektiven Sachlage. Ob Verwechslungsgefahr erheblich oder nicht, sie liegt nicht so fern, als daß man nicht mit ihr rechnen müßte.

3. PA. 13. 10. 16, UnlW. 17, 259. Löschung eines Zeichens, das einen fremden Namen wiedergibt, wegen Täuschungsgefahr (Dorndorf der Name einer in weiten Kreisen bekannten Schuhwarenfabrik).

4. PA. 10. 1. 16, UnlW. 17, 207. Bedeutung langjähriger Eintragung für die Frage der Löschung eines Zeichens.

§ 13.

RG. 23. 3. 17, Bl. 17, 80. Nach den Feststellungen des BerRichters hat sich die Bekl. schon von 1899 an für den Vertrieb ihrer Haushaltungsnähmaschinen des von ihr geprägten Schlagwortes „Köhler die beste" bedient. Die Kl. hat die gleichen Worte nie benutzt, weder vor noch nach der für sie 1914 erfolgten Eintragung als Warenzeichen in die Rolle des PA. Die Kl. hat sich das Zeichen „Köhler die beste" nur eintragen lassen, um die Bekl. am ferneren Gebrauch desselben zu verhindern. Mit Recht nimmt der Ver.-Richter an, es verstoße gegen die guten Sitten, der Bekl. den von ihr 15 Jahre lang geübten, befugten Gebrauch durch die Eintragung des Zeichens absichtlich zu entziehen und damit die Bekl. um die Früchte der bisher für diese Reklameart aufgewendeten Kosten zu bringen. Daraus ist aber entgegen dem BerRichter und mit der Rev. zu folgern, daß die Eintragung, die auf einer vom Gesetz nicht gestatteten Handlung der Kl. beruht, überhaupt unzulässig war und als Ganzes wieder zu beseitigen ist. — Das Wort „Köhler" war als Abkürzung der Firma der Bekl. bei den Abnehmerkreisen schon vor der Entstehung der Warenzeichenrechte der Kl. eingeführt; die Bekl. war daher durch die Eintragung der kläg. Warenzeichen nicht gehindert, ihre Firma auch in abgekürzter Gestalt im Geschäftsverkehr zu gebrauchen (**RG.** 56, 417ff. u. a.). Der BerRichter sagt im Laufe seiner Erörterungen auch selbst: die Bekl. sei zur Anwendung des Wortes Köhler als ihres abgekürzten Handelsnamens befugt gewesen. Diese Befugnis hat sie allgemein und es liegt rechtsgrundsätzlich keine Veranlassung vor, ihre aus dem ihr zukommenden Persönlichkeitsrecht entfließende Befugnis zum Gebrauch ihres Namens, auch in abgekürzter Gestalt, auf solche von ihr als Nähmaschinenfabrik hergestellte Waren zu beschränken, von denen das Bekanntsein des Wortes Köhler als Abkürzung der Firma des Bekl. seinen Ausgang genommen hat. Wer sich für eine Ware ein Wort als Warenzeichen eintragen läßt, welches ein anderer als Abkürzung seines Namens oder seiner Firma für gleiche oder gleichartige Ware schon vorher im Verkehr bekannt gemacht und in diesen eingeführt hatte, kann auf Grund seines (später entstandenen) Warenzeichenrechts nicht verlangen, daß der andere seinen Namen oder seine Firma immer nur gerade für die ursprünglich von ihm erzeugten oder vertriebenen, nicht aber wenigstens auch für gleichartige Waren ferner gebraucht. Das WZrecht ist nicht stärker als das Namens- oder ältere Firmenrecht.

§ 14.

1. **RG.** (StrafS.) 11. 5. 17, ZIndR. 17, 155. Verletzung. Zeichenmäßiger Gebrauch. Benutzung des Zeichens für eine für den Zeicheninhaber bestimmte, von ihm aber zurückgewiesene Ware. Wissentlichkeit. — Auch daß das Anbringen des Warenzeichens auf der Ankündigung widerrechtlich war, hat die Strafk. ohne Rechtsirrtum angenommen. Die Schuhwaren stammten zwar aus der Fabrik, wo die Salamander-Schuhe hergestellt werden. Sie waren auch für die Nebenkl. bestimmt und bereits mit deren Warenzeichen versehen gewesen. Sie gelangten aber nicht zur Ablieferung an diese, sondern wurden im

Einverständnis der Nebenkl. von der Fabrik „verramscht". Das eingeprägte Salamander-Warenzeichen wurde aber vorher von der Fabrik unkenntlich gemacht. Damit hatten die Schuhwaren die Eigenschaft von Salamander-Schuhwaren verloren. An dieser Feststellung scheitern die Ausführungen des Verteidigers, es habe sich um „wirkliche" Salamander-Stiefel gehandelt und Angekl. sei berechtigt gewesen, die echte Ware als Salamander-Ware in Verkehr zu bringen.

2. Darmstadt 5. 1. 17, ZIndR. 17, 140. Verletzung. Grobe Fahrlässigkeit.... Zwar besteht keine allgemeine Verpflichtung für den, der ein Zeichen verwenden will, sich über einen etwa dafür schon bestehenden Rechtsschutz zu unterrichten. Die Sache liegt aber anders, wenn Umstände vorliegen, die die Gefahr einer Rechtsverletzung vermuten lassen.

§ 15.

Ausstattungsschutz.

1. Tischbein, Ausstellung und Geschäftsbetrieb, LeipzZ. 17, 952. Ist die Ausstattung schon dann frei, wenn den beteiligten Verkehrskreisen der fortdauernde Benutzungswille des ursprünglich Berechtigten oder die künftige Benutzungsmöglichkeit nicht bekannt ist?

2. **RG.** 20. 2. 17, UnlW. 17, 245. Es ist bezüglich des § 15 WZG. zwar dem Ber.-Richter insofern nicht beizupflichten, als er für eine Voraussetzung des Ausstattungsschutzes erachtet, daß die betreffende Ausstattung von demjenigen, der den Schutz in Anspruch nimmt, erstmalig gewählt und benutzt sei; nicht darauf kommt es an, sondern darauf, ob die Ausstattung innerhalb beteiligter Verkehrskreise die Geltung als Kennzeichen von Waren eines bestimmten Gewerbetreibenden erlangt hat.

3. Hamburg 27. 3. 17, R. 17 Nr. 1056. Der Ausstattungsschutz umfaßt die besonderen Kennzeichnungen einer Ware, die an ihr selbst oder ihrer Verpackung oder Umhüllung unabhängig von und neben den technisch notwendigen Bestandteilen zu ihrer besonderen Hervorhebung und als Unterscheidungsmerkmal von anderen Waren angebracht sind, nicht aber auch die besonderen Merkmale, denen lediglich eine technisch funktionelle Bedeutung zukommt. Es würde sonst durch den Schutz des § 15 in Wirklichkeit ein Alleinrecht und Monopol auf ein technisches Element erlangt werden, für das nur die zeitlich beschränkten und besonders geordneten Schutzrechte des Patents oder Gebrauchsmusters gegeben sind.

§ 16.

1. PA. 16. 12. 16, UnlW. 17, 259. In die Zeichenrolle werden eingetragen Weinbergsbenennungen als Warenzeichen nach der ständigen Praxis des PA. nur dann, wenn sie entweder in das Kataster aufgenommen oder mindestens durch langjährigen Gebrauch zu einer volkstümlichen Bezeichnung geworden sind.

2. Celle 28. 18. 15, WarnE. 17, 89. „Braunschweiger Wurst" Herkunfts- oder Beschaffenheitsangabe? Grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß Bezeichnungen von Waren, die von dem Namen eines Ortes oder einer Gegend abgeleitet sind, solange als Bezeichnung ihrer Herkunft anzusehen sind, als nicht zweifelsfrei ihre Bestimmung lediglich als Beschaffenheitsangabe feststeht.

§ 20 (vgl. auch §§ 5, 6).

Verwechselbarkeit der Warenzeichen.

1. PA. 10. 4. 16, UnlW. 17, 209. § 20 gilt auch für die Anwedung der Bestimmungen des § 4 Ziff. 1, es ist also auf Grund dieser Bestimmungen die Eintragung auch solchen Wortzeichen zu versagen, die zwar selbst keine Beschaffenheitsangaben sein mögen, aber Beschaffenheitsangaben, die unter das Verbot des § 4 Ziff. 1 fallen, zum Verwechseln ähnlich sind. Medico für Arzneimittel nicht eintragbar.

2. KG. 8. 11. 16, UnlW. 17, 202. Verwechslungsgefahr eines Warenzeichens mit einer nicht eingetragenen Zusammenstellung aus Bestandteilen mehrerer fremder Warenzeichen.

3. Hamburg 15. 2. 17, UnlW. 17, 201. Die Beobachtungsgabe und Urteilskraft der Abnehmerkreise und die Art, in welcher sie solche Prüfungen eines Zeichens vornehmen werden, ist das Entscheidende dafür, welche Erinnerung für die Betrachter bei der Vorstellung des bekannten Zeichens zurückgeblieben ist. In dieser Richtung ist lediglich vorgetragen, daß die Ware mit dem Zeichen der Kl. in großem Umfange nach Indien gehe und dort unter der Bezeichnung „ship brand" gehandelt werde. Von welcher Wesensart aber die Abnehmer in Indien sind, darüber hat die Kl. nichts vorgetragen. Unterstellt man, daß die Ware in großer Menge nach Indien geht (setzt man also für das indische Verkehrsgebiet auch einen minder gebildeten Durchschnittsverkäufer voraus), so kann doch, da es sich um einen eigentlichen Massenartikel nicht handelt, die Verwechslungsfähigkeit nicht bejaht werden (Dampfschiffe und Segelschiffe nicht verwechselbar). Noch weniger kann diese Verwechslungsgefahr für das deutsche Verkehrsgebiet bejaht werden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die kläg. Ware unter der Bezeichnung „ship brand" eingeführt ist. Daß die Konsumenten auf diese Bezeichnung das Hauptgewicht legen, dem Zeichen selbst aber weniger Beachtung schenken, so daß ihnen das Schiff als solches als das ausschlaggebende, als das eigentliche Unterscheidungszeichen gelte, wird damit nicht dargetan.

4. PA. 30. 1. 17, UnlW. 17, 207. Verwechselbarkeit des Wortzeichens Zwillinge für Rauchtabak mit dem Doppelbild eines rauchenden Mannes.

5. **RG.** 6. 2. 17, MschutzuWettbew. 17, 140. Für die Verwechslungsgefahr zweier Warenzeichen kommt es auf den Gesamteindruck ab, den die fraglichen Zeichen im Verkehre auf den Durchschnittsmenschen nach dem Erinnerungsbilde an das eingetragene Zeichen mit Rücksicht auf die im Verkehre übliche Eile ohne Anwendung besonderer Aufmerksamkeit machen. Warenzeichen „Kaiserin" und „Kaiserin Auguste Viktoria" nicht verwechselbar.

6. **RG.** 17. 9. 15, MschutzuWettbew. 17, 109. Zutreffend ist zwar der Grundsatz, daß bei der Entscheidung über eine Verwechslungsgefahr die Zeichen nur in ihrer eingetragenen Gestalt und bestimmungsgemäßen Verwendungsart miteinander verglichen werden dürfen, und eine mißbräuchliche oder undeutliche Art ihrer Benutzung außer Betracht bleiben muß. Dieser Grundsatz erleidet jedoch die Einschränkung, daß bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr zweier Zeichen der Eindruck maßgebend sein muß, den die Zeichen bei ihrem ordnungsmäßigen, *verkehrsüblichen Gebrauch auf Waren der betreffenden Art* auf einen Käufer oder Verbraucher machen, der bei Anschaffung der gleichen Waren die gewöhnliche, im Verkehre übliche, je nach dem Werte und der Wichtigkeit der Waren verschieden zu bemessende Aufmerksamkeit anwendet und hierbei das Zeichen, das ihm vorschwebt, nicht zur Hand, sondern nur in der Erinnerung hat. Auf eine Überspannung der von den Käufern anzuwendenden Sorgfalt läßt die Erwägung des Ber.-gerichts schließen, es sei nicht erwiesen, daß bei bestimmungsgemäßer Verwendung der Zeichen auf den Waren im Verkehre die Verwechslung unvermeidlich wird. Für die Anwendung des § 20 WZG. kommt es nicht darauf an, ob die Verwechslungsgefahr bei Anwendung besonderer Sorgfalt vermieden werden kann, vielmehr genügt es, daß die Gefahr einer Verwechslung bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt vorhanden ist.

7. PA. 20. 11. 16, UnlW. 17, 259. Bedeutung tatsächlicher Benutzung für die Frage der Verwechselbarkeit.

8. PA. 17, 3. 16, UnlW. 17, 208. Die Abnehmerkreise, denen die Kenntnis der germanischen Mythologie fehlt, werden zweifellos die Worte „Wotan" und „Odin" nicht miteinander verwechseln. Dies ist aber auch bei denjenigen Kreisen des Verkehrs nicht zu befürchten, denen die Tatsache bekannt ist, daß Wotan und Odin dieselbe mythologische Persönlichkeit ist. Die Zahl der in der Warenklasse 23 (Maschinen usw.) geschützten Zeichen ist derart groß, daß die betreffenden Interessentenkreise bei dem Vergleich von Zeichen ein besonderes Maß von Aufmerksamkeit aufzuwenden pflegen, daher nicht schon allein durch den Umstand, daß Odin und Wotan den Namen derselben mythologischen Gottheit

bilden, zu der Auffassung gelangen werden, beide Zeichen sollen als Hinweis auf denselben Ursprungsbetrieb dienen. Als wesentlich kommt ferner in Betracht, daß der Geschäftsbetrieb der Anmelderin: Werkzeugmaschinen- und Werkzeugfabrik sich in einer Richtung vollzieht, die von derjenigen des Inhabers des Gegenzeichens: Wareneinfuhr und Ausfuhr, Herstellung und Vertrieb patentierter Neuheiten, Spielwaren, Blechwaren sich derart entfernt, daß nicht anzunehmen ist, daß sich die Zeichen im praktischen Verkehr häufig begegnen werden.

9. PA. 20. 11. 16, UnlW. 17, 211. Verwechslungsgefahr zwischen „Pallas" und „Minerva"? Wenn man auch vielleicht annehmen kann, daß ein Bruchteil der Käufer von Schokolade und anderen Nahrungs- und Genußmitteln wegen der begrifflichen Verwandtschaft die Wörter Minerva und Pallas Athene verwechseln könnte, so ist dies doch in bezug auf Minerva und Pallas nicht zu befürchten, da hier die begriffliche Ähnlichkeit erst vermöge eines Dritten Wortes (Athene) hergestellt werden könnte. In solchen Fällen nimmt die BeschwAbtl. in ständiger Übung eine Verwechselbarkeit nicht an. — Der früheren Entsch. vom 15. 10. 1911 lag ein anderer Tatbestand zugrunde, indem es sich dort um die Übereinstimmung zwischen Wort- und Bildzeichen handelte. — Die BeschwAbtl. hatte die Übereinstimmung von „die Schaumgeborenen" mit Venus und Aphrodite bejaht, weil das erstere Wort die verbreitetste Kennzeichnung der Göttin ist. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu; man kann nicht sagen, daß Pallas die verbreitetste Bezeichnung für Minerva ist.

10. PA. 24. 2. 16, UnlW. 17, 208. Der Schutz eines eingetragenen Zeichens darf deshalb nicht geringer sein, weil das Zeichen (in Raucherkreisen) sehr bekannt ist. Denn es treten im Verkehr ständig neue Abnehmer auf, die der Gefahr einer Verwechslung beider Zeichen ausgesetzt sind, solange sie sich dieselben noch nicht ganz genau gemerkt haben.

11. LG. Hamburg 14. 11. 16, ZIndR. 17, 187. Die Worte „Eiserner Michael", welche das bekl. Zeichen enthält, sind an sich unzweifelhaft im Verkehr verwechselbar mit dem für die Kl. geschützten Worte „Eisenmichel". Die streitige Frage ist daher die, ob durch die Stellung der Worte „Eisener Michael" zu dem bildl. Teil des bekl. Zeichens und den hierdurch hervorgerufenen Gesamteindruck die durch die Worte an sich begründete Gefahr einer Verwechslung der beiden Zeichen aufgehoben wird. Das kann nicht anerkannt werden. Die Worte „Eiserner Michael" auf dem bekl. Zeichen sind nicht klein gedruckt, sondern recht groß und stehen nicht an versteckter Stelle, sondern am Fuße des Gesamtbildes zur Verdeutlichung von dessen Bedeutung. Wer auf einer Zigarrenkiste das kläg. Wortzeichen „Eisenmichel" gelesen hat und dann auf einer anderen Zigarrenkiste das bekl. Zeichen findet, kann leicht zu der Meinung kommen, es handle sich hier um dasselbe, nur durch bildliche Ausgestaltung reicher ausgestattete Zeichen. Damit ist die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr begründet.

12. Hamburg 7. 10. 16, ZIndR. 17, 104. Continental und Occidental sind nicht verwechslungsfähig. Der Vernehmung von Zeugen und Sach- verständigen bedarf es nicht. Über das Auffassungs- und Unterscheidungsvermögen der hier hauptsächlich in Betracht kommenden Abnehmerkreise, der kleinen Schuhmacher und der einfachen Leute, die sich selbst ihre Stiefel ausbessern wollen, ist das Gericht auch ohne Beweismittel unterrichtet. Es rechnet mit minder gebildeten Durchschnittskäufern, die keine nähere Kenntnis von der Ware und den solche Ware herstellenden Fabriken haben, auch beim Einkauf keine besondere Aufmerksamkeit anzuwenden pflegen und bei der Vergleichung vielfach nicht die beiden Zeichen vor sich sehen, sondern nur auf ihr Gedächtnis angewiesen sind, die aber andererseits nicht besonders einfältig oder mit körperlichen Fehlern, die die Beobachtung erschweren (z. B. mangelnde Sehschärfe), behaftet sind und die, wenn sie das Zeichen überhaupt beachten, dies mit dem Bewußtsein tun, daß es sich um ein Unterscheidungsmerkmal handelt. Selbst wenn Zeugen bekunden sollten, daß einige Verwechslungen vorgekommen, mußte das Gericht annehmen, daß es sich hier um Fälle ausnahmsweiser Unachtsamkeit oder ungenauer Erinnerung handelt, die gegenüber dem für den Verkehr in solchen Waren in Betracht kommenden Durchschnittsmaßstab

von Auffassungsfähigkeit und Beobachtungssorgfalt für die objektiv zu beurteilenden Fragen der Verwechslungsgefahr nicht entscheidend sein können. Es soll nicht verkannt werden, daß unter Umständen der Nachweis einer Nachahmungsabsicht für die Frage, ob objektiv Verwechslungsgefahr vorhanden ist, als Anzeichen (Indiz) in Betracht kommen kann. Im vorliegenden Falle aber würde das Gericht gegenüber den vorhandenen, nach seiner Überzeugung auch für den wenig gebildeten und oberflächlichen Durchschnittsbeobachter die Verwechslungsgefahr noch genügend ausschließenden Abweichungen solcher Absicht des Zeichenbenutzers entscheidendes Gewicht nicht beilegen können.

13. PA. 30. 3. 16, UnlW. 17, 209. Während das angemeldete Zeichen Dehawe ein einheitliches Wort ist, besteht das Gegenzeichen Ce-Ha-We aus drei einzelnen, voneinander durch Punkte getrennten und mit je einem großen Buchstaben beginnenden Silben, beide Wortbilder machen infolgedessen einen wesentlich verschiedenen Eindruck und sind daher nicht miteinander zu verwechseln. Auch in klanglicher Hinsicht kann das Vorliegen dieser Gefahr nicht anerkannt werden, obwohl die Zeichen allerdings in dieser Hinsicht nur in ihren Anfangsbuchstaben Ce-De voneinander abweichen; denn es handelt sich nicht um gewöhnliche, bedeutungslose Willkürwörter, sondern beide Zeichen gehören, auch für den flüchtigsten Hörer, unverkennbar zu den aus der phonetischen Wiedergabe einzelner Buchstaben gebildeten Zeichen, wie sie in Anlehnung an die Firmennamen überaus häufig sind und vielfach gerade diese letzteren im Verkehr ersetzt haben. Aus diesem Grunde und bei den fast unvermeidlichen Anklängen hat sich der Verkehr bei derartigen Zeichen schon auf geringere Unterschiede als sonst zu achten gewöhnt, also vorliegend. Es ist anzunehmen, daß ihm der an der auffälligsten Stelle bestehende Unterschied nicht entgeht.

14. Hamburg 2. 5. 17, LeipzZ. 17, 1017. Hindenberg stellt Cognac her und hat seinen Namen als Warenzeichen eintragen lassen. Die Hindenburg-Cognac-Gesellschaft vertreibt unter ihrer Firma Cognac. Der Antrag, gegen sie öffentl. Klage zu erheben, ist abgelehnt. Der Ansicht des OStA., es versage der Schutz des § 20 gegenüber einem Freizeichen, kann nicht beigetreten werden. Wie **RG.** 48, 389 dartut, versagt gegenüber einem eingetragenen Zeichen der Einwand, daß ein Freizeichen (verwechselbares) vorliege. Das eingetragene Zeichen genießt den vollen Schutz des Gesetzes. Hindenberg mit Hindenburg verwechselbar. Aber bei der Berühmtheit Hindenburgs ist eher anzunehmen, daß jemand, der Hindenburg-C. kaufen will, den Hindenbergschen C. versehentlich erwirbt als umgekehrt. Weil eben der Name Hindenburg jedermann geläufig, wird jeder, der Wert darauf legt, Hindenbergschen C. zu bekommen, darauf aufmerken, daß er nicht Hindenburgschen C. erhält.

15. PA. 22. 2. 17, UnlW. 17, 208. Der Standpunkt, daß ein Zeicheninhaber stets das Recht habe, sein Zeichen in Verbindung mit der Ware zu benutzen, ist nicht als maßgebend anzusehen zumal bei Zeichen, die wie das vorliegende für Waren der verschiedensten Art eingetragen sind. Wollte das PA. die ihm vorliegenden Wortzeichen stets unter dem Gesichtspunkt vergleichen, daß die Zeichen immer in Verbindung mit dem Namen der Ware erscheinen, so würde dies zu einer überaus strengen Prüfung führen, für die sich im Verkehr bisher ein Bedürfnis nicht gezeigt hat (Hakao-(Malz) = Haromalt).

§ 23.

1. Verpflichtung des Inlandsvertreters nach § 23 WZG., MittVerbdPatAnw. 17, 69.

---

1. **RG.** 9. 3. 15, UnlW. 17, 198. Der Besitz eines Warenzeichens berechtigt nicht, die Ware als „patentamtlich geschützt“ zu bezeichnen.

2. **RG.** 2. 1. 17, Bl. 17, 54. Schadensersatzpflicht wegen unberechtigter Warnung vor dem Gebrauch eines Warenzeichens.

Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

1. Freyhahn, Urheberrecht und Titelschutz, GewRschutz 17, 172. (Ein urheberrechtl. Titelschutz erwächst nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen und in besonders gearteten Fällen — lediglich der Schöpfer eines zu einem Gedankengebilde umgeformten Titels kann sich auf das Autorrecht berufen.)

2. Fuld, Der Schutz der Verdischen Kompositionen in Deutschland, MittVerbdPat.-Anw. 17, 113.

3. Hellwig, Die Nennung des Verf. von Filmdramen, GewRschutz 17, 58. (Wenn Verf. des Filmdramas und Regisseur nicht identisch sind, so ist doch die eigene schöpferische Tätigkeit, welche der Filmregisseur entwickelt und in der Regel auch entwickeln muß, eine weit intensivere als die schöpferische Tätigkeit des Regisseurs bei Theaterstücken. Während der Theaterregisseur sich darauf beschränken muß, den Absichten des Verf. entsprechend die Inszenierung des Theaterstücks zu besorgen, nimmt der Filmregisseur nicht selten mehr oder minder durchgreifende Änderungen an den im Szenarium des Verf. vorgeschlagenen Szenen vor. Seine Mitwirkung geht soweit, daß man in nicht seltenen Fällen davon sprechen könnte, daß ihm ein eigenes Urheberrecht an der von ihm vorgenommenen Bearbeitung des Szenariums oder doch ein Miturheberrecht an dem Produkt seiner und des Verf. zustehen müsse. Ist der Filmregisseur in dieser Weise tätig gewesen, so wird sich jedenfalls nichts dagegen einwenden lassen, daß sein Name neben dem Namen des Verf. bei den Ankündigungen genannt wird.)

4. Kirchner, Urheberrechtsprozesse, GewRschutz 17, 123. (Für die richtige Bemessung des Nachdruckhonorars kommen vor allem in Frage: der literarische Wert der abgeschriebenen Arbeit, der Umfang der Arbeit, die Aktualität derselben, der Name des Autors; ferner ist zu berücksichtigen, ob es sich um einen vereinzelten Nachdrucksfall bei dem Blatte handelt oder ob bei demselben eine ständige Nachdruckspraxis besteht, da zweifellos die Entschädigung, die das Urheberrechtsgesetz dem Autor zuerkennt, schon deshalb nicht allzu karg bemessen werden darf, weil ganz abgesehen von der strafrechtlichen Buße auch in der zivilrechtlichen Schadloshaltung ein Quentchen von einer Strafe stecken soll. Unbedingt von der Hand zu weisen ist die Ansicht, daß auch der Umfang, die Größe und die Auflage des abschreibenden Blattes oder die von diesem Blatte gewöhnlich gezahlten Honorare bei Bemessung des Nachdruckhonorars eine Rolle spielen sollen. Diese Momente können nur bei einer vertragsmäßigen Bestimmung des Honorars von Bedeutung sein.)

5. Kohler, Der Herausgeber, GewRschutz 17, 1. Die Herausgebertätigkeit hat keinen autorrechtl. Charakter, es fehlt ihr das Schöpferische. Etwas Besonderes gilt für den Herausgeber eines enzyklopädischen Werks, dessen einzelne Teile zu einem gedanklichen Einheitswesen verbunden werden sollen, nicht aber wie dort nur auf den psychologischen Reiz der Leser berechnet sind.

6. Marg, Begriff des Plagiats, GewRschutz 17, 179.

7. DJZ. 17, 93. Englands Stellung zur Berner Konvention zum Schutze des geistigen Eigentums während des Kriegs. Wegnahme des durch die Konvention verbürgten Autorrechts zum Schaden deutscher und österr. Werke.

8. Hamburg 14. 7. 17, DJZ. 17, 907. Urheberrecht im Krieg, Verhältnis zu Italien. Zwar ist durch den Krieg zwischen Deutschland und Italien der überdies gekündigte deutsch-italienische Literaturvertrag außer Kraft gesetzt. Nicht aber ist das der Fall mit der Berner Übereinkunft, die außer von diesen Staaten noch von anderen, auch neutralen Staaten abgeschlossen ist und eine Vereinigung geschaffen hat, die durch den Krieg einzelner Teilnehmer untereinander nicht gelöst werden kann. Jedenfalls werden dadurch wohlerworbene Privatrechte von Privatpersonen nicht beseitigt. Das RG. hat diesen Standpunkt für

gewerbl. Rechte grundsätzlich vertreten (Bd. 85, 374). Ihn für Werke der Literatur zu verlassen liegt kein Grund vor.

9. München 22. 17. 17. SeuffA. 72, 335. Geflügelte Worte. Weil und soweit sie bereits im allgemeinen Verkehr sind, muß bei ihnen das Recht des Urhebers, andere von der Vervielfältigung und Verbreitung auszuschließen, als gehemmt angesehen werden.

Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

1. Kohler, Das Persönlichkeitsrecht des Künstlers, MschutzuWettbew. 17, 117. Das Kunstwerkrecht hat die Ausweitung, daß nicht bloß die Bildideee in abstrakter, sondern auch die Idee in derjenigen konkreten Gestaltung, die sie durch diese Ausführung gewonnen hat, durch Reproduktion geschützt ist. Dazu tritt noch das Weitere: Irgendeine Änderung des Bildes ist nicht bloß eine Sachveränderung, die dem Eigentümer als Eigentümer zusteht, sondern trübt zugleich die in dem Bilde enthaltene Künstlerseele und schreibt ihr etwas Unrichtiges zu.

2. **RG.** 4. 4. 17, R. 17 Nr. 1152. Auch im Bereiche des Kunstschutzgesetzes steht der Anwendung der Bestimmungen des BGB. über ungerechtfertigte Bereicherung grundsätzlich nichts entgegen.

3. Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch. Hierüber im Anschluß an **RG.** 48, 128 Allfeld (LeipzZ. 17, 22) und ihm entgegen Lobe LeipzZ. 17, 441). Nach letzterem genießt Rechtsschutz nur das Werk, nicht die Symbole (Noten).

4. PrOVerwG. 21. 5. 17, PrVerwBl. 17, 79. Vorführung eines Films nur dann zu verbieten, wenn geeignet, öffentliche Ruhe, Sicherheit, Ordnung zu stören oder das Publikum oder einzelne in irgendeiner Weise nahen Gefahren auszusetzen.

Gesetz über das Verlagsrecht.

1. KG. 15. 5. 15, WarnE. 17, 403. Verlagsvertrag, inhalts dessen sich der Verfasser u. a. verpflichtet hat, seine künftigen Werke dem Verleger anzubieten.

2. Hamburg 14, 717, DJZ. 17, 907. Zwar verkennt die Bekl. nicht, daß das italien. Recht zwei Perioden des Schutzrechts für Schriftwerke und musikalische Kompositionen unterscheidet: 1. Die ausschließliche Ausübung des Vervielfältigungs- und Verkaufsrechts durch den Urheber des Werks während seiner Lebenszeit und während der Folgezeit zugunsten seiner Erben bis zum 40. Jahre nach der Veröffentlichung und 2. das Recht der sog. Zwangslizenz für weitere 40 Jahre, innerhalb deren das Werk zwar ohne Genehmigung desjenigen, dem das Urheberrecht zusteht, vervielfältigt werden darf, aber dafür eine Abgabe von 5% vom Ladenpreise gezahlt werden muß. Die Bekl. meinte nun aber, daß dieses Recht der zweiten Periode (sog. Domaine public payant) keinen Teil des Urheberrechts darstelle, sondern ein besonderes Schutzrecht sei. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten, weil auch dieses Recht seinen Ursprung unmittelbar vom Schaffen des Werkes nimmt, überdies aber auch in dem Ges. selbst (§ 8) als Ausübung des Urheberrechts ausdrücklich gekennzeichnet wird. Ist es aber ein wirkliches Urheberrecht, so genießt der Urheber bzw. sein Rechtsnachfolger auf Grund der Berner Übereinkunft, der sowohl Italien wie Deutschland beigetreten sind, in Deutschland für seine Werke diejenigen Rechte, welche die inländisch. Gesetze den inländisch. Urhebern einräumen (§ 2 des Üb.). Die gleichen Rechte gewährt auch der deutsch-italienische Vertrag v. 20. 6. 1884. Danach steht der Kl. in Deutschland der Schutz des Urheberrechts während 30 Jahre nach dem Tode des Ur-

hebers, also bis Ende 1901 zu (Ges. v. 19. 6. 1901, § 29) und während dieser Zeit hat sie — soweit sie sich nicht selbst durch Verträge beschränkt hat — gemäß § 11 des Gesetzes die ausschließliche Befugnis, die ihre geschützten Werke zu vervielfältigen, gewerbsmäßig zu verbreiten und aufzuführen. Die Bekl. hat sich endlich auch auf die Einwirkung des Krieges berufen. Es mag zugegeben werden, daß durch den Krieg zwischen Deutschland und Italien der überdies gekündigte deutsch-italienische Literaturvertrag außer Kraft gesetzt ist. Nicht aber ist das der Fall mit der Übereinkunft, die außer von diesen Staaten noch von anderen, auch neutralen Staaten abgeschlossen ist und eine Vereinigung geschaffen hat, welche durch den Krieg einzelner Teilnehmer untereinander nicht gelöst werden kann. Jedenfalls werden aber dadurch wohlerworbene Rechte von Privatpersonen, die auf Grund der Übereinkunft entstanden sind, nicht beseitigt. Das RG. hat diesen Standpunkt für gewerbliche Rechte grundsätzlich vertreten. Ihn für Werke der Literatur zu verlassen, liegt kein Grund vor. Ebensowenig ist ein Grund dazu vorhanden, weil England in diesem Kriege sich von der Berner Übereinkunft gegenüber den Angehörigen feindlicher Staaten losgesagt hat.

Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.[1]

Allgemeines. I. Statistik: MasiusRdsch. 17, 185. Die private deutsche Lebensversicherung im Jahre 1916. — II. Unterricht: Fuhljahn, Die Stoffverteilung in der Versicherungskunde. Mitt. d. Verb. f. d. Fortbildungswesen d. VersBeamten 17, 124. — Hülsse, Versicherungswissenschaft und Versicherungskunde, ZVersWiss. 17, 39. — Luttenberger, Gedanken und Vorschläge über den Ausbau des Versicherungs-Fortbildungsunterrichts unter besonderer Berücksichtigung der Schaffung einer Versicherungs-Geographie und Psychologie, Mitt. d. Verb. f. d. Fortbildungswesen d. Vers.-Beamten 17, 95. — Schaefer, Vom versicherungswissenschaftlichen Fortbildungsunterricht mit Hinweisen auf die in den Vereinigten Staaten von Amerika geschaffenen Einrichtungen, Mitt. d. Verb. f. d. Fortbildungswesen d. VersBeamten 17, 116. — Vollbrecht, Die Fachbildungsfrage der Versicherungsbeamten unter den Kriegswirkungen, Mitt. d. Verb. f. d. Fortbildungswesen d. VersBeamten 17, 105.

I. Einleitende Vorschriften.

§§ 1ff.

1. Blaschke, Zur Frage der Verstaatlichung der Privatversicherung AssekCompaß 1917 Bd. I S. 78; vgl. JDR. 17 VAG. §§ 1ff.

2. Silberschmidt, Begriff und Einordnung des Versicherungsrechts. ZVersWiss. 17, 292 vgl. Bem. 2 zu § 1 VVG.

3. **RG.** 14. 1. 16; 88, 30 vgl. bei § 1 VVG. Nr. 4.

4. VA. 17, 119 vgl. bei § 66.

II. Zulassung zum Geschäftsbetrieb.

§ 7.

Das schweizerische Bundesgesetz über die Kautionen der VersGesellschaften v. 9. 12. 16 nebst Begr. abgedruckt in MasiusRdsch. 17, 13.

§ 9.

Dörstling, Die Rechtsnatur der Darlehen und Vorauszahlungen auf Lebensversicherungsscheine und der dafür erhobenen Vergütung, LeipzZ. 17, 898. Den Ausgangspunkt bildet RG. 9. 1. 17, nach dem die für Vorauszahlungen auf später fällig werdende Lebensversicherungssummen von den Gesellschaften erhobenen „Vorauszahlungsprämien" auf Grund des RStempG. stempelsteuerpflichtig sind, da sie ein „Entgelt für übernommene Versicherung" darstellen. Dörstling bekämpft die Unterscheidung zwischen Voraus-

[1] Soweit bei Entscheidungen eine Quelle nicht angegeben ist, handelt es sich um nicht veröffentlichte.

zahlungsprämien und Policedarlehnszinsen, denn auch die Policedarlehen sind rechtlich nichts anderes als Vorschüsse und unterscheiden sich von den als Vorschüsse oder Vorauszahlungen auf die Police bezeichneten Geschäften nicht nur versicherungstechnisch und wirtschaftlich, sondern auch rechtlich in nichts. Der Versicherer zahlt das Policedarlehen aus Mitteln der Prämienreserve als Vorschuß solvendi causa. Weder juristisch, wirtschaftlich noch versicherungstechnisch ist die Vorauszahlungsprämie eine Versicherungsprämie.

§ 10.

VA. 17, 116. Von der Beobachtung der Vorschrift des § 10 Abs. 1 ist im Falle der Kriegsanleiheversicherung Abstand genommen worden, weil die Vers. im großen Maßstabe unter Benutzung einer über ganz Deutschland ausgebreiteten Organisation, deren einzelne Stellen besondere Vorkehrungen für Sammelzeichnungen zu treffen haben, durchgeführt worden ist. Für ausreichend wird erachtet, daß bei jeder Zeichnungsstelle sowohl die allg. VersBedingungen, wie die Satzung der Ges. zur allg. Kenntnis offen liegen und daß die Ges. sich geschäftsplanmäßig verpflichtet, bei der späteren Übersendung der VersScheine die VersBedingungen beizufügen.

§ 14.

Kohler, Änderung des Versicherungsbestandes. Sozialrecht und Einzelrecht. ZVers.-Wiss. 17, 84. Das privatrechtl. VersVerhältnis ist im Interesse großer Gesellschaftsschichten, des gesamten Staates und unserer nationalen Zukunft vielfach eingeengt durch soziale Schranken. Aber die Freiheit der Einzelperson, zu wählen und sich zu entschließen, muß ihre Geltung behalten, wenn alle die tausend Sonderinteressen, die in dem Leben der Einzelperson verankert sind, in richtiger Weise gestaltet werden sollen. Eine Erscheinungsform ist das Rücktrittsrecht nach § 13 VVG., ferner die Fusion und die Vermögenskonfiskation. An und für sich gibt die Fusion dem Versicherungsnehmer keinen Grund zurückzutreten, wie das RG. ständig angenommen hat. Bei Fusionierung mit ausländ. VersGes. besteht allerdings die Gefahr, daß der Versicherungsnehmer jede finanzielle Sicherheit verliert; infolgedessen muß er prüfen, ob er sich mit dem neuen Haftungsvermögen zufrieden geben will oder nicht. Das engl. Recht ist sich nicht klar geworden über den Unterschied zwischen der Gesamtnachfolge durch Übergang des sich auflösenden alten Schuldners auf den neuen und zwischen der Übernahme des alten Geschäfts mit seinen Schulden. Bei der staatl. Konfiskation des Vermögens der VersGes., wie sie von den Engländern in dem Kriege vorgenommen worden ist, besteht um so mehr ein Grund zum Rücktritt für die deutsch. Versicherten, wenn der Versicherte auch keine Möglichkeit zur prozessualen Geltendmachung seiner Rechte in England hat und ihm jede Befriedigungsmöglichkeit abgeschnitten ist. Trotz der Genehmigung durch das Aufsichtsamt auf Grund des § 14 VAG. kann der Einzelne prüfen, ob er einverstanden ist oder nicht.

III. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

§ 20.

VA. 17, 116. Beanstandet wurde eine Bestimmung eines größeren VersVereins a. G. folgenden Inhalts: „Wegen gröblicher Verletzung von Interessen der Anstalt kann ein Mitglied aus der Anstalt ausgeschlossen werden. Die Ausschließung tritt selbsttätig ein, wenn ein Mitglied zum Zwecke der Besprechung von Angelegenheiten der Anstalt eine Versammlung von Mitgliedern beruft, ohne hierzu vom Vorstande, vom Aufsichtsrat oder von der Aufsichtsbehörde ermächtigt zu sein. Im übrigen bedarf die Ausschließung der Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Mitglieder der Vorstandschaft und der Mitglieder des Aufsichtsrats. Der Ausgeschlossene hat Anspruch auf den Rückkaufswert der Versicherung." Das Recht, die Geschäftsführung nachzuprüfen und zu ihrem Teil innerhalb der gesetzl. und satzungsgemäßen Bestimmungen zu beeinflussen, muß den Mitgliedern in weitgehendem Maße offen gehalten werden. Auswüchse und mißbräuchliche Benutzung

dieses Rechts können nur mit Zuhilfenahme der gesetzl. Vorschriften aufgehalten werden. Dazu kommt, daß die Mitgliedschaft in einem VersVerein a. G. nur dann gegen den Willen der Mitglieder gelöst werden darf, wenn solche Tatumstände vorliegen, die gleichzeitig auch eine zwangsweise Beendigung des VersVerhältnisses als gerechtfertigt erscheinen lassen.

§ 24.

Riebesell, Grundsätze für die Zahlung von Nachschüssen bei Versicherungsvereinen a. G., ZVersWiss. 17, 224.

IV. Geschäftsführung der Versicherungsunternehmungen.

2. Besondere Vorschriften über die Prämienreserve bei der Lebensversicherung.

§ 57.

BA. 17, 119. Die zur Bedeckung der deutsch. Prämienreserve dienenden Hypotheken müssen in Markwährung und nicht z. B. in österreichischer Kronenwährung gestellt werden. In Deutschland in Kronenwährung gegebene Hyp. für die in Deutschland abgeschlossenen Versicherungen, selbst wenn sie ebenfalls in Kronenwährung abgeschlossen sind, können zur Bedeckung der Prämienreserven nicht verwendet werden.

§ 59.

BA. 17, 119. Als kündbar sind auch verbriefte Darlehnsforderungen gegen eine inländ. Kommunalkörperschaft anzusehen, wenn das Darlehen auf 5 oder 10 Jahre fest, das heißt unter zeitweiligem Ausschlusse des dem Gläubiger zustehenden Kündigungsrechts ausgeliehen worden ist.

V. Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmungen.

1. Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden.

§ 64.

Friedmann, Die Stellung des Aufsichtsamts nach der BRVO. v. 15. 2. 17 über Wohlfahrtspflege während des Krieges, ZVersWes 17, 156. Im wesentlichen decken sich die Befugnisse des § 4 der VO. mit §§ 64, 65 VAG. Bedenken erregt die Fassung der Formel in § 4 „um eine Zersplitterung der Kräfte und Mittel zu verhüten"; sie ist unklar und zu allgemein gefaßt. § 6 der VO. gibt dem Amt eine weitere Auflösungsmöglichkeit „falls erhebliche Mißstände sich nicht auf andere Weise beseitigen lassen", die gleichfalls dehnbar und unklar ist.

§ 66.

BA. 17, 119. Befindet sich eine Kasse bereits seit längerer Zeit dergestalt in Liquidation, daß sie für den Neuzugang von Mitgliedern geschlossen ist und ihren Geschäftsbetrieb auf die Abwicklung der bereits bestehenden Versicherungen beschränkt hat, so kann sie nicht mehr beaufsichtigt werden. § 66 steht nicht entgegen. Er bestimmt nur, daß die über ein Unternehmen einmal eingeleitete Aufsichtsführung nicht mit der Beschränkung des Geschäftsbetriebes auf die Abwicklung der bestehenden Verträge ihr Ende erreichen soll, sondern sich auf die durch die Abwicklungsgeschäfte bedingten Nachwirkungen des eigentlichen Betriebs auszudehnen hat. Ein in „Abwicklung" begriffenes Unternehmen unterhält nicht mehr einen „Betrieb" von Versicherungsgeschäften. Wäre auch die Abwicklung eines Versicherungsbestandes ein Geschäftsbetrieb i. S. der §§ 1, 4 VAG., so wäre § 66, soweit er von der Abwicklung bestehender Versicherungen handelt, neben § 1 Abs. 1 überflüssig.

VI. Ausländische Versicherungsunternehmungen.

§ 89.

Hamburg 13. 12. 16. Der Gerichtsstand des § 89 ist kein ausschließlicher, sondern nur ein vertragsmäßig nicht ausschließbarer; er ist kein Gerichtsstand des Wohnsitzes, sondern

ein Gerichtsstand der Niederlassung nach Art von § 21 ZPO.; er ist nicht allgemein gegeben, sondern nur für Klagen aus dem inländ. VersGeschäft der VersGes.

VIII. Strafvorschriften.

§ 108.

RG. 26. 10. 16, JW. 17, 43. VersVerträge, die mit einem zum Geschäftsbetrieb nicht zugelassenen VersUnternehmen abgeschlossen sind, sind nicht nichtig. Das strafrechtl. Verbot richtet sich nur gegen den Versicherer und das Unternehmen des Versicherers in seiner Gesamtheit, dagegen will es nicht in das privatrechtl. Gebiet eingreifen.

Gesetz über den Versicherungsvertrag.[1]

A. Der Einfluß des Krieges auf das Versicherungswesen. (JDR. 15, 765.)

Schrifttum: I. Allgemeines. Beume, Der Einfluß des Krieges auf den Privatversicherungsvertrag, ZVersWiss. 17, 155, 322. — Crusius, Die deutschen Kriegsnotgesetze und der Versicherungsvertrag, Österr. Revue 17, 14, 21. — Feilchenfeld, Das Kapitalabfindungsgesetz und die versicherungsärztliche Tätigkeit nach dem Kriege, ZVersWiss. 17, 99. — Fuld, Die Aufhebung der wirtschaftlichen Kampfmaßnahmen auf dem Gebiete des privaten Versicherungsrechts, ZVersWes. 17, 133. — Manes, Friedensrüstungen der deutschen Versicherung, ZVersWiss. 17, 1.

1. Beume, ZVersWiss. 17, 155, 322. Man muß zwei Gruppen von Versicherten unterscheiden: einmal solche, die den Lebensversicherungsvertrag unmittelbar mit der engl., in Deutschland nicht vertretenen Ges. im Wege des Briefwechsels abgeschlossen haben und sodann die Gruppe derer, die den Vertrag mit der inländ. Niederlassung einer engl. VersGes. abgeschlossen hat. Die erste Gruppe der direkt in England Versicherten ist ein schutzloses Opfer des engl. gemeinen Rechtes. Bei der ersten Gruppe untersucht Beume die bekannte Frage, ob die Unsicherheit des engl. Versicherers, die darin besteht, daß den deutschen Versicherungsnehmern nicht mehr wie bei Vertragsabschluß das ganze Vermögen des Versicherers, sondern nur das sich in Deutschland befindliche haftet, nach deutschem Recht zum Rücktritt berechtigt. Die Frage wird bejaht selbst wenn ein sog. Überführungs- und Haftungsvertrag abgeschlossen ist, der als Schuldübernahme i. S. des § 415 BGB. anzusprechen ist.

2. Crusius, ÖsterrRev. 17, 14, 21. Die BRVO. v. 20. 5. 15 über die gerichtl. Bewilligung von Zahlungsfristen findet auf alle Prämienzahlungen aus VersVerträgen, die aus der Friedenszeit stammen, Anwendung, zumal hierbei von einer unverhältnismäßig großen Benachteiligung des Gläubigers, also der VersGes., keine Rede sein kann. — Die Höchstpreise machen ein gesetzl. Eingreifen nicht notwendig; es genügt eine Revision der Verträge in Hinblick darauf, ob die VersSummen in Einklang mit den Höchstpreisen stehen. — Durch die Beschlagnahme tritt weder eine Erhöhung noch eine Verminderung des Risikos ein; ohne Rücksicht auf die Beschlagnahme besteht das VersVerhältnis weiter. § 73 findet auf Enteignungen auf Grund der Kriegsgesetze Anwendung.

3. Feilchenfeld, ZVersWiss. 17, 99 empfiehlt genaue Untersuchungen über die Geschicke der klinischen Patienten, um über die Dauer ihrer chronischen Leiden und deren Heilbarkeit genaue Angaben zu erhalten.

4. Fuld, ZVersWes. 17, 133. F. stellt drei Leitsätze auf. Erstens: Die Zulassung der Fähigkeit der VersGes. in den Ländern des feindl. Auslandes muß in gleicher Weise und gleichem Umfange wie vor dem Kriegsausbruch verlangt werden. Zweitens: Die wirtschaftl. Kampfesmaßnahmen sind in allen Staaten aufzuheben und zu beseitigen.

[1]) Soweit bei Entscheidungen eine Quelle nicht angegeben ist, handelt es sich um nicht veröffentlichte.

Drittens: Die bei Ausbruch des Krieges bestandenen VersVerträge sind wieder in Kraft zu setzen. Die Wiederinkraftsetzung kommt aber nur insoweit in Betracht, als sie von dem Versicherten verlangt wird und als das Erlöschen oder Außerkrafttreten durch die infolge des Krieges verursachten Maßnahmen oder durch die kriegerischen Ereignisse hervorgerufen wurde. Hierher gehören die Fälle, in denen der Versicherte infolge des Krieges die fälligen Beträge nicht zahlen konnte und deshalb die VersGes. von der vereinbarten Verfallklausel Gebrauch machte. Die Nachzahlung hätte innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen. Streitigkeiten sind durch ein neutrales Schiedsgericht zu entscheiden.

5. Manes, ZVersWiss. 17, 1 gibt einen Überblick über alles, was während des Krieges die deutsche Versicherung an Friedensrüstungen in Angriff genommen hat und welche Vorbereitungen für den Frieden ihr noch anempfohlen werden können.

II. Besondere Versicherungszweige.

1. Kriegs- und Lebensversicherung.

Schrifttum: Abel, Vorschläge zu einer Reichsstatistik über die Kriegsverluste und Vermißten im gegenwärtigen Kriege, ZVersWiss. 17, 136. — Alberg, Zur Kriegspatenversicherung, VersAgent 17, 1. — Beume, Einfluß des Krieges auf den privaten Versicherungsvertrag, ZVersWiss. 17, 155. — Bruck, Kriegspatenversicherung, RuW. 17, 28. — Czuber, Lebensversicherung im Kriege, AssekKompaß 1917 Bd. I S. 15. — Gimkiewicz, Die künftige Behandlung der Kriegsgefahr in der deutschen Lebensversicherung, ZVersWiss. 17, 121. — Hagen, Kriegs- und Lebensversicherung, DJZ. 17, 182. — Hecht, Anwendbarkeit der BRVOn. v. 7. und 18./8. 1914 über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen und die Folgen der nicht rechtzeitigen Zahlung einer Geldforderung auf die Prämienzahlungen im Versicherungsvertrag, AnnVers. 17, 49, 57. — Heine, Auslegung des Begriffs „Aktive Kriegsteilnahme" bei der Invalidenversicherung von Krankenschwestern, Wallmann 1917 Bd. II S. 1513. — Höckner, Gegen die „Musterbestimmungen" beim Einschluß der Kriegsgefahr in die Lebensversicherung, ZVersWiss. 17, 399. — Kirchmann, Teilnahme an Kriegsereignissen in der Lebensversicherung, ZVersWiss. 17, 365. — Kriegspatenversicherung, AllgVersPresse 17, 9. — Liertz, Die Kriegsklausel in den Versicherungsbedingungen, MittöffFeuerversAnst. 17, 204. — Lubarsch, Zur Rückversicherung der Kriegsgefahr in der Lebensversicherung, ZVersWiss. 17, 91. — Kriegsanleiheversicherung, MasiusRdsch. 17, 13. — Moldenhauer, Kriegs- und Lebensversicherung, VierteljahresRdschVersWes. 17, 2. — Riebesell, Kriegspatenschaft und Kriegspatenversicherung, ZVersWes. 17, 207. — Stolzenthaler, Kriegsnotgesetz und Lebensversicherung, ZVersWes. 17, 107. — Toop, Kriegsverschollenheit und Versicherungsrecht, ZVers.-Wiss. 17, 342. — VA. 17, 72 und 77.

1. Bruck, Kriegspatenversicherung, RuW. 17, 28 erörtert die bisherige Art der Kriegspatenvers. unter starker Betonung der hervorgetretenen Mängel. Diese Mängel haben ihre Ursache hauptsächlich darin, daß die Ges., die bisher die Kriegspatenvers. trieben, Erwerbszwecke verfolgen. Nur wenn es gelingt, den Betrieb der Kriegspatenvers. hiervon zu befreien, ist es möglich, die Kriegspatenvers. zu der Entfaltung zu bringen, die sie kraft ihrer sozialpolitischen Bedeutung verdient.

2. Czuber, Lebensversicherung und Krieg, AssekCompaß 1917 Bd. I S. 15 beleuchtet kritisch die technische Seite des Problems und mahnt dringend zur Sammlung aller in der LebensVers. auftauchenden Erfahrungen, die sich auf den gegenwärtigen Krieg beziehen. Czuber hält die Vorausberechnung des Kriegsrisikos in solcher Weise, daß man imstande wäre, Grenzen anzugeben, innerhalb welcher der wirkliche Verlauf der Ereignisse mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, für eine technisch undurchführbare Aufgabe.

3. Gimkiewicz, Die künftige Behandlung der Kriegsgefahr in der deutsch. Lebensvers., ZVersWiss. 17, 121. Nach Erörterung der Gründe, die gegen Bildung eines Kriegsversicherungsverbandes namentlich für die älteren Ges. sprechen, gelangen zunächst die Musterbestimmungen zum Abdruck, die eingehend erläutert werden. Hervorzuheben ist: die Musterbestimmungen beruhen auf dem Grundsatz, daß jeder, dessen Leben im künftigen Frieden versichert wird, hierdurch auch zugleich gegen die Gefahr künftiger Kriege versichert sein soll, ohne Unterschied des Alters, Geschlechts, der militärischen Verwendung,

der staatlichen Zugehörigkeit und der Versicherungsart. Unterschiede hinsichtlich der Höhe und der Auszahlung der VersSumme bestehen nicht mehr. Alle Lasten, die der Krieg bringt, werden nicht allein von den Kriegsteilnehmern, sondern von der Gesamtheit der Versicherten getragen. Als Deckungsmittel kommt ein Kriegsstock in Betracht, dessen Bildung durch jährliche Zuweisung (etwa 2½% bis 5% der Prämien) zu erfolgen hat. Der Kriegsstock soll zunächst die entstandenen Sterblichkeitsverluste decken, dann aber auch noch Zuschüsse bis zur Höhe des durchschnittlichen Sterblichkeitsgewinnes der letzten fünf Friedensjahre leisten. Es darf ihm also höchstens soviel entnommen werden, daß die Kriegsjahre hinsichtlich des Sterblichkeitsgewinnes dem Durchschnitt der letzten Friedensjahre gleichgestellt werden. Nach Aufbrauchung des Kriegsstockes und der übrigen Deckungsmittel wird eine allgemeine Umlage eingeführt, an der alle Vers. teilnehmen.

4. Hagen, Krieg und Lebensversicherung, DJZ. 17, 182 bespricht die Musterbestimmungen für die Kriegslebensversicherung.

5. Hecht, Anwendbarkeit der BRVO. v. 7. und 18. 8. 1914, AnnVers. 17, 49ff., vgl. bei § 38, 39 Nr. 3.

6. Heine, Wallmann 1917 Bd. II S. 1513. Solange die Krankenschwestern ihre Tätigkeit im Inlande ausüben, gelten sie in der Regel nicht als „aktive Kriegsteilnehmerinnen"; eine Ausnahme hiervon ist nur zuzulassen, wenn das betr. Inlandsgebiet vom Feinde besetzt oder Gegenstand kriegerischer Unternehmungen ist oder wenn es sich um Festungen handelt, die infolge ihrer Lage in besonders starkem Maße feindlichen Luftangriffen ausgesetzt sind.

7. Höckner, ZVersWiss. 17, 399 verficht von neuem den Satz, daß ein grundsätzl. Verzicht auf die Anpassung der Prämie an die versicherte Gefahr, mit anderen Worten ein grundsätzl. Verzicht auf das versicherungstechnische Gerechtigkeitsstreben, wie es auch § 21 VAG. fordert, die Versicherungsrechnung zur Gesetzlosigkeit führt. Diese Gesetzlosigkeit muß praktisch um so unerträglicher werden, je größer die ohne Gerechtigkeitsstreben verrechneten Schäden im Verhältnis zum VersBestande sind und je weiter in diesem Bestande die technische Regelung der VersBeiträge durch Prämien und Dividenden vorher bereits entwickelt war.

8. Kirchmann, ZVersWiss. 17, 365. Teilnahme an Kriegsereignissen i. S. der VersBedingungen einer LebensversGes. ist jedes unter Änderung der bisherigen Willensrichtung erfolgende Handeln, das geeignet ist, eine dem Versicherungsnehmer zum Bewußtsein kommende und trotzdem nicht vermiedene Gefahr für sein Leben infolge der Möglichkeit des Eintritts von durch den Krieg als tatsächlichen Zustand verursachten Veränderungen in der Außenwelt mit sich zu bringen. Zahlreiche Urteile, die sich mit diesem Begriff beschäftigen, werden eingehend besprochen.

9. Kriegspatenversicherung, AllgVersPresse 17, 9. Die Kriegspatenvers. unterliegt nicht der besonderen Genehmigung durch die Landes-Zentralbehörden auf Grund der BRVO. v. 22. 7. 15.

10. Liertz, MittöffFeuerversAnst. 17, 204. Die Abgrenzung der Kriegsklausel muß nach zwei Richtungen gesucht werden, nämlich nach der Richtung der „besonderen Gefahr", die den Gegenstand der Versicherung bildet, und sodann nach der Richtung des ursächlichen Zusammenhangs des Versicherungsfalles mit jener besonderen Gefahr.

11. Lubarsch, ZVersWiss. 17, 91. Eine Risikoentlastung des Erstversicherers ist nur möglich, wenn für die Berechnung des Kürzungsmaßes der Selbstbehalt maßgebend ist. Eine zweckmäßige und einwandfreie Berichtigung der natürlichen Kriegsprämienverteilung läßt sich bei Berechnung des Kürzungsmaßes nach dem Selbstbehalt überhaupt nicht finden. Deshalb wäre zu jeder nachträglichen Berichtigung zum mindesten eine besondere Vereinbarung notwendig, die allerdings kaum herbeizuführen sein wird. Infolgedessen bleibt als einzige Lösung der Frage nur die übrig, daß die Berechnung des Kürzungsmaßes auf Grund des Selbstbehaltes erfolgt und daß jeder beteiligte Versicherer seinen natürlichen Kriegsprämienanteil erhält und behält.

12. Kriegsanleiheversicherung, MasiusRdsch. 17, 13 enthält eine Zusammenstellung der Kriegsanleiheversicherung betreibenden Gesn. und ihrer Bedingungen.

13. Moldenhauer, Krieg und Lebensversicherung, VierteljahresRdsch. 17, 2 bespricht zustimmend die Auffassung des Aufsichtsamts, nach der bei Einschluß der Kriegsgefahr jede Gefahrerhöhung ohne weiteres und ohne Prämienzuschlag in die Versicherung einbegriffen sein soll. Zur Deckung dieser Ausgaben muß entweder eine besonders hohe Zusatzprämie von Anfang an erhoben werden oder von allen Versicherten ist ein Zuschlag zu erheben, der der Durchschnittsgefahr entspricht. Alsdann werden die neuen KriegslebensversBedingungen einer kurzen Würdigung unterzogen.

14. Riebesell, ZVersWes. 17, 207 empfiehlt den Abschluß in der Form der reinen Sparversicherung mit beweglichem Tarif. Alle Kriegspaten haben dann gleichmäßig unabhängig vom Alter je nach der Anzahl der Jahre, in denen sie das Kapital aufbringen wollen, zu zahlen. Für den Fall des Todes des Kriegspaten hätten sich seine Erben zu verpflichten, die vertraglich festgelegten Beiträge zu leisten. Werden die Erben zahlungsunfähig, so hätten Fürsorgevereine einzuspringen, wenn die Fortführung der Versicherung ratsam ist. Stirbt das Patenkind, so tritt ein anderes an seine Stelle.

15. Stolzenthaler, ZVersWes. 17, 107. AG. und LG. Hamburg haben die Anwendung der BRVO. v. 18. 8. 14 über die Beseitigung der wegen nicht rechtzeitiger Zahlung einer Geldschuld eingetretenen Rechtsfolgen auf die Lebensvers. verneint. Es fehlt an einer Forderung, also einem klagbaren Anspruch, den die VersGes. als Gläubigerin geltend machen könnte, sobald sich die Versicherung nach durchgeführtem Mahnverfahren in eine prämienfreie umgewandelt hat.

16. Toop, ZVersWiss. 17, 342 untersucht die Verhältnisse im Anschluß an die BRVO. v. 18. 4. 16 (RGBl. 296). Hat der Versicherer die VersSumme dem bezugsberechtigten Dritten aus Anlaß der Todeserklärung des Versicherten pflichtgemäß ausbezahlt, und wird die Todeserklärung des Versicherten aufgehoben, so ist der Versicherer noch einmal zur Leistung an den Versicherten verpflichtet, weil die entspr. Anwendung der §§ 2366, 2367, 2370 BGB. auf die Verhältnisse des LebensversVertrages zugunsten Dritter ausgeschlossen ist. Nur auf Grund der Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung kann die Leistung von dem Dritten zurückgefordert werden.

17. VA. 17, 72. Musterbestimmungen für die Übernahme und Deckung der Kriegsgefahr für Kapitalversicherungen auf den Todesfall.

18. VA. 17, 77. Übersicht über die üblich gewordenen Kriegsanleiheversicherungen.

19. **RG.** 5. 1. 17, VA. 17*, 9. Ist die Versicherung gegen die Kriegsgefahr eingeschlossen, die einem Versicherten in Erfüllung seiner gesetzl. Wehrpflicht erwächst, so kann sich hierauf auch ein Reserveoffizier berufen, sofern er noch im wehrpflichtigen Alter ist. Wenn auch niemand wider seinen Willen Reserveoffizier werden kann und deshalb seine militärische Stellung auf seinem freien Willen beruht, so besteht doch ein für die Kriegsteilnahme als solche auch bei dem Reserveoffizier der Zwang der Wehrpflicht.

20. KG. 25. 4. 17. Der Versicherte ist zur Ersatzreserve überschrieben worden, bei Kriegsausbruch eingezogen und an der Front tätig; hiermit ist er in das aktive Heer im Gegensatz zu dem stehenden Heere eingetreten. Die Ersatzreserve gehört weder zum stehenden noch zum aktiven Heere an sich, sondern zum Beurlaubtenstande. Der Versicherte hat daher Anspruch nur auf die Leistung für den Fall seiner Einberufung zur Ersatzreserve.

21. KG. 17. 11. 17. Unter Teilnahme an kriegerischen Operationen oder an Kriegsereignissen ist mehr als eine bloße passive Teilnahme am Kriege zu verstehen. Der Versicherte muß bei einer mit den eigentlichen Kriegsgefahren verbundenen kriegerischen Operation tätig geworden sein, wenn die Haftung der Bekl. beschränkt werden soll. Die bloße Zugehörigkeit des Versicherten zu einer Etappenkommandantur begründet eine Teilnahme an einer kriegerischen Operation noch nicht.

2. Krieg und Unfallversicherung.

1. DVersZ. 17, 323. Ist ausbedungen, daß der Unfallversicherer frei ist von Unfällen, die der Versicherte erleidet durch Kriegsereignisse oder vorbereitende Maßnahmen zum Schutze gegen zukünftige Angriffe und Nachwirkungen der vom Angreifer oder Verteidiger wegen des Krieges vorgenommenen Handlungen, so muß der Unfall durch ein bestimmtes Kriegsereignis oder durch eine der erwähnten Maßnahmen verursacht sein. Zur Befreiung genügt es nicht, daß sich der Unfall bei einer militärisch anbefohlenen Automobilfahrt ereignet hat, die im Etappengebiet ohne besondere Gefahr stattfand.

2. **RG.** 15. 5. 17. Bei der Kriegsklausel und den ihr gleichgestellten Klauseln handelt es sich um Umstände, die im Bereich ihrer Wirksamkeit geeignet sind, im außergewöhnlichen Maße Gefährdung für die körperliche Unversehrtheit und das Leben von Personen herbeizuführen. Auf die Wortfassung der Klausel kommt es nicht an, der btr. Umstand muß unmittelbar ursächlich für den Unfall sein, eine mittelbare Ursache genügt nicht. Insbesondere sind „Unfälle im mobilen Militärdienst" Unfälle, welche sachlich und örtlich innerhalb des besonderen Gefahrenbereichs des mobilen Militärdienstes eintreten, in dem Dienst ihre unmittelbare Ursache finden. Erleidet daher ein zu einem mobilen Truppenteil eingezogener Soldat einen Unfall, während er sich auf Urlaub befindet, so muß die Ges. leisten.

3. **RG.** 15. 6. 17. Kriegsunfall ist anzunehmen, wenn das Ereignis mit dem Kriege in ursächl. Zusammenhang steht. Ein solcher Zusammenhang liegt auch vor, wenn eine Bahnschutzwache jemanden unberechtigt erschießt.

4. KG. 13. 10. 17. Zu den Kriegsereignissen gehört jedes Ereignis, das sich als Ereignis einer besonderen durch den Krieg verursachten erhöhten Gefahr darstellt, gleichviel ob sie Zivil- oder Militärpersonen trifft. Da im Vertrag die Haftung für Unfälle, die der Versicherte durch Kriegsereignisse erleidet, ausgeschlossen ist, so ist der Versicherer für das Vorliegen dieser Ausnahme beweispflichtig. Der Nachweis ist im gegebenen Falle (Tod durch Fliegerangriff) erbracht.

3. Krieg und Transportversicherung.

Vgl. JDR. 15, 768.

4. Krieg und Feuerversicherung.

Beume, Der Einfluß des Krieges auf den Privatversicherungsvertrag, ZVersWiss. 17, 297. Nach einem geschichtl. Überblick über das Kriegsrisiko in der Feuerversicherung werden die Begriffe „Kriegsgefahr" und „Kriegsschaden" einer eingehenden Würdigung unterzogen. Als Besonderheit des gegenwärtigen Krieges wird die BRVO. v. 13. 10. 14 angeführt, welche der Feuersozietät für Ostpreußen, die infolge ihrer Haftung für Kriegsschäden durch den Einfall der Russen stark in Mitleidenschaft gezogen war, gewisse Erleichterungen gewährt.

5. Krieg und Rückversicherung.

Fuld, Die Rückversicherungsverträge und die BRVO. v. 16. 12. 16, ZVersWes. 17, 19. Die ausdrückliche Auflösung von VersVerträgen aus Gründen der Vergeltung ist nicht notwendig, da für sie das allgemeine bürgerl. Recht und die darauf beruhende Rechtspr. genügen. Dagegen ist das in der VO. vorgesehene Feststellungsverfahren auch für Rückversicherungsgesellschaften maßgebend. Man kann also feststellen lassen, daß der Vertrag mit der englischen Ges. nicht mehr zu Recht besteht. Nachdem das Rücktrittsrecht des deutschen Rückversicherers anerkannt ist, kann kein Zweifel für das Gericht bestehen.

B. Verhältnisse der bei feindlichen Gesellschaften versicherten Deutschen.

a) Verhältnis zu England.

1. **RG.** 5. 12. 16, MittöffFeuerversAnst. 17, 9, VA. 17*, 3. Durch die engl. Kriegsgesetzgebung sind die deutschen Versicherten engl. Ges. für die nicht abzusehende Dauer

des Krieges von dem Zugriff auf das im Bereich der englischen Staatsgewalt befindliche Vermögen der Ges. abgeschnitten und können ihre Sicherheit nur noch in dem deutscher Vollstreckungsgewalt zugänglichen GesVermögen finden. Diese Änderung berechtigt zur Kündigung.

2. **RG.** 5. 12. 16, ZVersWes. 17, 4. Nach rechtsgültiger Kündigung kann der Versicherte gegen die Ges. keine Ansprüche aus späterem Schadensfall herleiten.

3. **RG.** 27. 2. 17, VA. 17*, 5. Die Kündigung eines mit einer engl. Ges. abgeschl. RückversVertrages ist infolge der durch die Kriegsgesetzgebung veränderten Rechts- und Sachlage zulässig. Aus der Natur der fristlosen Kündigung als empfangsbedürftiger Willenserklärung ergibt sich, daß das Vertragsverhältnis so lange bei Bestand bleibt, bis die Kündigung dem anderen Teile zugegangen ist.

4. Hamburg 27. 2. 17. Die Kündigung eines mit einer engl. VersGes. seitens des deutschen Versicherten abgeschlossenen VersVertrages wirkt nicht auf den Zeitpunkt des Ausbruches des Krieges zurück, sondern erst mit ihrer Zustellung.

b) Verhältnis zu Amerika.

Schrifttum: Fuld, Versicherungsverträge mit amerikanischen Gesellschaften im Kriegsfall, ZVersWes. 17, 57. — Derselbe, Das amerikanische Zahlungsverbot u. d. Feuerversicherungsverträge, MittöffFeuerversAnst. 17, 312.

5. Fuld, ZVersWes. 17, 57. Amerika vertritt an und für sich dieselbe Auffassung wie England, aber trotzdem wird man gestützt auf den amerikanisch-preußischen Vertrag annehmen können, daß die Rechte der Reichsangehörigen aus den Verträgen mit amerikanischen VersGes. keine Benachteiligung erfahren. Ein Grund zur Beunruhigung ist nicht gegeben.

6. Fuld, Das amerikanische Zahlungsverbot und die Feuerversicherungsverträge, MittöfffeuerversAnst. 17, 312. Das Zahlungsverbot an die amerikanischen Gesn. hat nur die Bedeutung, daß diese nicht berechtigt sind, bei Meidung strenger Strafen während der Dauer der kriegerischen Verwicklungen mit Deutschland nach Deutschland Zahlung zu leisten. Es tritt also wie nach engl. Recht ein Aufschub der Erfüllung für die ganze Dauer des Krieges ein. Dagegen werden diese Verträge keineswegs nichtig. Nichtig sind nur die Verträge, die während des Krieges abgeschlossen werden. Nach Beendigung des Kriegszustandes treten nach amerikanischer Theorie und Praxis die Verträge, deren Erfüllung während des Krieges aufgeschoben war, ohne weiteres wieder in Kraft. Nicht erforderlich hierzu ist ein Gesetz oder der Erlaß einer VO. des Präsidenten der Vereinigten Staaten. Mit Aufhebung des Zahlungsverbotes fällt daher auch das Hindernis für die amerikanischen Gesn. zur Auszahlung der während der Kriegsdauer fällig gewordenen VersSummen weg. Nur unter Verletzung bisher anerkannter Rechtsgrundsätze könnte die Regulierung nach dem Krieg verweigert werden. Solange jedoch die in dem Kriege in England und Amerika hervorgetretene Rechtsauffassung bezüglich der Erfüllung von Verträgen mit feindlichen Angehörigen besteht, muß unweigerlich gefordert werden, daß jeder diesen Ländern angehörigen Ges. der Geschäftsbetrieb in Deutschland untersagt wird. Ein Bedürfnis sich bei ausländischen FeuerversGesn. einzudecken, liegt nicht vor.

Erster Abschnitt. Vorschriften für sämtliche Versicherungszweige.

I. Schrifttum: Allgemeines. Tönnies, Das Versicherungswesen in soziologischer Betrachtung, ZVersWiss. 17, 603. — Friedmann, Die Behandlung der Versicherungsansprüche in den direkten Reichssteuergesetzen, ZVersWiss. 17, 231.

II. Berichte, Kalender: Assekuranz-Compaß, Internationales Jahrbuch f. Versicherungswesen (Wischniowsky) Bd. I 1917. — Deutscher Feuerversicherungskalender 1917. — Deutscher Versicherungskalender 1917 (Wallmann).— Elsner, Repertorischer Assekuranz-Almanach Bd. 50, 1917.

1. Tönnies, ZVersWiss. 17, 603. Das VersWesen kann in seinen verschiedenen Gestaltungen und in seinen Fortschritten als ein lebendiges Spiegelbild der gesamten

sozialen Entwicklung und ihrer Hauptkräfte begriffen werden. Gegenseitige Hilfe und Verbindung zum Bestehen und Überwinden gemeinsamer Nöte und Gefahren ist der Kern des sozialen Lebens überhaupt. Die Wurzeln dafür bestimmter Einrichtungen, dahingehender Bestrebungen, darauf gerichteten Bewußtseins ruhen überall im Schoße der gemeinschaftl. Zusammenhänge der Menschen, aus denen und neben denen die individualistisch-nationalen, gesellschaftl. Bildungen entstehen. Handel, Staatsräson, Wissenschaft wirken hier zunächst überall im gleichen Sinne. Das VersWesen erhebt sich als freies Geschäft wie als Staatseinrichtung über die ursprüngl. Formen regelmäßiger oder gelegentlicher Förderungen der einzelnen durch die mehreren. Der Staat als Generalunternehmer kämpft auf diesem wie auf anderen Gebieten, besonders solchen des Verkehrs gegen die Einzelunternehmer zu einem Vorteile und unmittelbar oder mittelbar zum Vorteile der Volksgesamtheit, mithin vorzugsweise der besitz- und vermögenslosen Menge, vereinigend und vereinheitlichend. Wie der Staat „von oben", so wirkt die Genossenschaft, worin sich der gemeinschaftl. Geist zu erneuern strebt, „von unten" verneinend und zersetzend auf den gleichzeitig doch ins Unermessene wachsenden rational-spekulativen Charakter der kapitalistischen GesOrdnung. — Wie Wesen und Gründe, so sind auch die soziologischen Wirkungen verschieden. Diesen Unterschieden nachzugehen, und zu untersuchen, wie sich die Pathologie des Versicherungswesens zu den verschiedenen Formen verhält, darf als bedeutende soziologische Aufgabe hingestellt werden.

2. Friedmann, ZVersWiss. 17, 231. Steuerpflichtig nach dem Wehrbeitragsges. sind bis zum 31. 12. 13 fällig gewordene, sowie noch nicht fällige Ansprüche aus den durch freiw. Beitragszahlungen und auf Grund privater Verträge bei den VersGes. genommenen Vers., durch die nach einem gewissen Zeitraum ein Kapitalbetrag oder dauernde Rentenbezüge geleistet werden mit Ausnahme der Ansprüche aus Kranken- und UnfallVers. Von der Besteuerung sind ausgenommen Vers., die den Charakter der sozialen Fürsorge tragen (z. B. Ansprüche an Witwen und Waisen und Pensionskassen) und die Reichsversicherungen; ferner Renten und ähnliche Bezüge, die mit Rücksicht auf ein früheres Arbeits- oder Dienstverhältnis gewährt werden. Die steuerpflichtigen VersAnsprüche sind mit $^2/_3$ der Summe der eingezahlten Prämien oder Kapitalsbeiträge anzurechnen oder, falls der Betrag nachgewiesen wird, für welchen die VersAnstalt die Polize zurückkaufen würde, mit diesem Rückkaufswert in Anrechnung zu bringen. Dieselben Ansprüche werden nach dem BesitzsteuerG. versteuert. Dem Beispiel der beiden Friedensgesetze ist das KriegssteuerGes. v. 21. 7. 16 gefolgt (§§ 3, 11).

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Schrifttum: Jüdel, Die Verwertung der Ansprüche aus d. VVG. (Jng.-Diss.). Greifswald 1917. — Kisch, Über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Gefahr im Versicherungsrecht, ZVersWiss. 17, 488. — Silberschmidt, Begriff und Einordnung des Versicherungsrechts, ZVersWiss. 17, 292. — Werneburg, Wirksamwerden von Anzeigen und Willenserklärungen im Verkehr zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer, ZVersWes. 17, 299.

§§ 1ff.

1. Kisch, ZVersWiss. 17, 488. Gefahr bedeutet die Möglichkeit des VersFalles, den konkreten Zustand, kraft dessen der VersFall möglich ist; ferner das bestimmte Ereignis, von dessen Eintritt die Leistungspflicht des Versicherers abhängt und schließlich die Verknüpfung eines Vermögens mit den nachteiligen Folgen eines Ereignisses. Unrichtig ist es, die Gefahr vom Standpunkt der abgeschlossenen Entwicklung der Dinge aus zu beurteilen, ferner i. S. des möglichen Verlustes aufzufassen, den der Eintritt des VersFalles unter Berücksichtigung der erhaltenen Prämien gebracht hat oder bringen kann, ferner ebensoviele Gefahren zu unterscheiden, als Subjekte oder Objekte in Beziehung zu ihnen stehen, und endlich Gefahr als Vers. in ihrer Gesamtheit zu verstehen.

2. Silberschmidt, ZVersWiss. 17, 292. Das VersRecht gehört in das bürgerl. Recht und zwar in das Schuldrecht, dessen erster Teil das vertragl. Schuldrecht in seiner

ersten Unterabteilung, den dauernden Schuldverhältnissen, neben Miete, Pacht, Dienstvertrag, Gesellschaft usw. auch die PrivVers. zu umfassen hat. Die wegen der großen Bedeutung des Dauerschuldverhältnisses der Vers. notwendig gewordene Staatsaufsicht über Gründung und Betrieb der VersUnternehmungen gehört dem Gebiet der Verwaltungspflege an. Das VersVerhältnis ist unter dem Gesichtspunkt des „vertraglichen Schuldverhältnisses auf Dauer" zu betrachten. Es ist dasjenige auf Dauer berechnete, selbständige, vertragl. Schuldverhältnis, bei dem jemand den Nachteil, der einem anderen aus einem ungewissen Ereignis erwachsen kann, in dem festgesetzten Umfang zu ersetzen verpflichtet ist. Es kommt für die Begriffsbestimmung nicht auf die Gründe an, die es dem Versicherer ermöglichen, die Gefahr für den Versicherten zu übernehmen (Mehrheit von Versicherungsabschlüssen). Dagegen setzt ein VersUnternehmen i. S. des § 1 VAG. die planmäßige Absicht der Verteilung der Gefahr auf eine Gefahrengemeinschaft voraus. Der VersVertrag als eigentümliches Dauerschuldverhältnis schließt jeden Vergleich mit anderen Schuldverhältnissen aus.

3. Werneburg, ZVersWes. 17, 299. Es werden den Willenserklärungen Erklärungen zur bloßen Kenntnisnahme gegenübergestellt; zu der letzten Gruppe gehören Erklärungen, durch welche der anderen Partei Mitteilung von einer für sie erheblichen Tatsache oder einem Ereignis gemacht wird (z. B. Anzeigen von Gefahrumständen bei Vertragsabschluß, die Anzeige von Gefahrerhöhungen während des Vertrages, der Widerspruch gegen den Inhalt des VersScheins u. a.). Die allg. Grundsätze über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärungen finden alsdann eine Erörterung.

4. **RG.** 14. 1. 16; 88, 30. Eine Einrichtung, durch die oder bei der die einem gewissen Kreise angehörenden Personen zur Eingehung von Vers. veranlaßt oder angeregt werden, kann Wohlfahrtszwecken dienen; das ganze Rechtsgebilde der Vers. oder mindestens die Lebensvers. darf unbeschadet der damit verbundenen Erwerbszwecke des Versicherers als eine Wohlfahrtseinrichtung gelten. Allerdings muß ein Rechtsanspruch auf die Leistungen des VersUnternehmers bestehen. Die Vers. setzt nicht notwendig einen Vertrag voraus, denn ein Versicherungsverhältnis kann auch unmittelbar durch Gesetz begründet werden. Für den Begriff des VersVertrags ist ferner vorauszusetzen, daß sich der eine Teil gegen Entgelt für den ungewissen Fall des Eintritts einer für die wirtschaftl. Verhältnisse eines anderen nachteiligen Tatsache zu einer Vermögensleistung verpflichtet. Nicht jede derartige Übernahme fremder Vermögensgefahr ist Vers.; sie ist es nicht, wenn sie nur eine unselbständige Nebenabrede zu einem andersartigen Geschäfte, dem Hauptgeschäfte, bildet.

5. **RG.** 30. 10. 17. Es ist Sache des Versicherers, welcher allgemein gegen bestimmte Gefahren Versicherungen genommen hat, wenn er Einzelne ausschließen will, diesem seinen Willen in einer unzweideutigen, jedem Versicherungsnehmer erkennbaren Weise Ausdruck zu geben.

§ 1.

KG. 6. 6. 17. Ist ausbedungen, daß der Antrag Minderjähriger von ihrem gesetzl. Vertreter mitzuunterschreiben ist, so schadet die fehlende Unterschrift nicht, wenn die Genehmigung des VersAntrages mündlich dem Agenten gegenüber erklärt wird und er sich hiermit zufrieden gibt. Da der Agent Bevollmächtigter des Versicherers ist, so ist dieser an die Erklärung des Agenten gebunden.

§ 2.

Vgl. **RG.** 26. 5. 16, LeipzZ. 17, 54, Ziff. 7 zu § 156.

§ 3.

VA. 17, 121. Es entspricht der Billigkeit, dem Versicherten, der seinen VersSchein wegen einer Beleihung der Ges. ausgehändigt hat, eine Abschrift zuzustellen, wenn er um eine solche bittet und die entstehenden Kosten deckt, obwohl in diesem Falle der Vers.-Schein weder abhanden gekommen, noch vernichtet ist.

§ 5.

Kisch, Bindung des Versicherers an den Versicherungsschein, LeipzZ. 17, 1106. An den äußeren Tatbestand der Übergabe und Annahme der Police knüpft sich grundsätzl. eine verbindliche Kraft des Inhalts der Urkunde für den Versicherer. Diese Bindung kann aber keine stärkere sein, als sie durch eine sonstige rechtsgeschäftl. Erklärung erzeugt wird. Es muß mithin dem Versicherer freistehen, die in der Übergabe des Scheins liegende Unterwerfung unter den Inhalt der Urkunde wie jede sonstige Willenserklärung aus den gewöhnl. Gründen anzufechten. Daß ein Anfechtungsrecht zulässig ist, wenn die Anfertigung und Ausstellung eines Versicherungsscheines bestimmten Inhaltes widerrechtl. durch Drohung oder durch arglistige Täuschung veranlaßt worden ist, unterliegt keinem Zweifel, Ebenso ist es für den Fall des Irrtums, und zwar für den Erklärungsirrtum und den Geschäftsirrtum. Dagegen berechtigt Motivirrtum grundsätzlich nicht zur Anfechtung. Auf die Anfechtbarkeit der Willenserklärung kann im voraus nicht verzichtet werden. Ist dagegen das Anfechtungsrecht bereits erwachsen und der Partei bewußt geworden, so ist der Verzicht zulässig.

§ 6.

1. VA. 17, 71. Eine Obliegenheit i. S. des § 6 ist die Verpflichtung, die Teilnahme am Kriege dem Vorstand der Ges. anzuzeigen. Unzulässig ist die Auffassung, daß die Ausdehnung der Versicherung auf die Kriegsgefahr nur durch einen besonderen Vertrag zustande kommen kann.

2. **RG.** 17. 3. 16, VersSachverst. 17, 91. Die Obliegenheit zur Anzeige des VersFalls bei der HaftpflVers. braucht nicht schon bei Einleitung eines Strafverfahrens, sondern erst mit Stellung von Ersatzansprüchen seitens des Verletzten erfüllt zu werden. Nicht der Unfall an sich, sondern erst die Erhebung von Ersatzansprüchen stellt bei der HaftpflVers. den VersFall dar.

3. **RG.** 19. 1. 17, Wallmann II 1381. Wird der Versicherte fälschlich von dem Agenten belehrt, daß die Vers. ohne weiteres durch Nichtzahlung der Prämie erloschen ist, so ist er entschuldigt, wenn er die nach den VersBedingungen geforderte Anzeige über die Einleitung eines gerichtl. Verfahrens wegen eines gegen ihn erhobenen HaftpflAnspruchs unterläßt.

4. **RG.** 12. 10. 17. Unter Obliegenheiten sind nur diejenigen Pflichten des Versicherungsnehmers zu verstehen, die dieser wesentlich im Interesse des Versicherers, vor, bei und nach Eintritt eines VersFalls zu dessen Verhütung oder Feststellung und zur Verminderung oder Feststellung des eingetretenen Schadens zu erfüllen hat. Die rechtzeitige Kündigung für den Fall, daß der Vertrag nicht stillschweigend verlängert werden soll, steht dagegen ganz im Belieben des Versicherungsnehmers. Ihre Nichtausübung hat für den Versicherer nicht die Befugnis zur Folge, sich vom Vertrage loszusagen und sich von seiner Leistung zu befreien. Die Kündigung zwecks Verhinderung der Vertragsverlängerung fällt demnach nicht unter den Begriff der Obliegenheiten.

5. **RG.** 16. 10. 17. Wenn in den HaftpflVersBedingungen ausgemacht ist, daß der Versicherte die Führung des Prozesses dem Versicherer überläßt, so kommt es bei einem Verstoß gegen diese Obliegenheiten nicht darauf an, ob der Versicherer geschädigt ist. Da ein solcher Rechtsstreit vom Versicherer im Namen des Versicherungsnehmers zu führen ist, bleibt dieser nach außen hin für die Maßnahmen des Versicherers verantwortlich und von diesem Standpunkt aus kann sich für ihn im einzelnen Fall Anlaß ergeben, von der Stellungnahme der Ges. abzuweichen. Die besonderen Umstände des Falles boten auch geeigneten Raum für die Sachwürdigung, daß der Versicherungsnehmer aus Gründen der Menschlichkeit es für angezeigt und sich selbst für befugt gehalten hat, in das Verfahren einzugreifen. Ein Rechtsirrtum ist in der Annahme, daß der Versicherte weder vorsätzlich noch grobfahrlässig gegen die Vertragsbestimmungen verstoßen habe, nicht erkennbar.

6. **KG.** 3. 1. 17. Eine Verpflichtung zur Schadensanzeige besteht nicht, solange der

Versicherte noch nicht mit der Möglichkeit eines Anspruchs rechnen konnte. Eine verzögerte Anzeige des VersFalles schadet nicht, wenn der Versicherte dabei weder vorsätzlich noch grobfahrlässig gehandelt hat. Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit werden verneint, weil der Versicherte plötzlich mit hohem Fieber erkrankt, benommen und nervös überreizt ist.

7. KG. 28. 3. 17. Die Berufsangabe bei einer UnfallVers. hat nicht die Bedeutung, daß nur Berufsunfälle gedeckt sind, sondern daß auch solche außer den allg. Unfällen versichert sein sollen. Ein Unfall so leichter Natur und gewöhnlicher Weise, daß niemand gleich den Arzt aufgesucht hätte, wie z. B. ein Riß an einem Finger, ist, solange sich nicht weitere Folgen zeigen, nicht derart, daß die Anzeige an den Versicherer schuldhafterweise unterbleibt.

8. KG. 30. 6. 17. Die Unterlassung der vorgeschriebenen Anzeige befreit den Versicherten, es sei denn, daß dieselbe nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhte. Vorsatz scheidet aus. Grobe Fahrlässigkeit wird verneint, weil es sich um einen schweren Unfall handelt und dem verletzten Versicherten nicht zugemutet werden konnte, während der wenigen Tage, die derselbe noch lebte, an die Vers. und Anzeige zu denken. Auch die Frau des Verletzten trifft keine grobe Fahrlässigkeit, denn sie war durch den Unfall vollständig kopflos geworden.

9. Posen 1. 6. 17. Bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung genügt der Versuch, unbeachtlich ob dem Versicherten die Täuschung gelungen ist. Bei den besonderen Umständen des Falles muß das Fehlen einer geordneten Buchführung als zulässig erachtet werden. Die Ablehnung des Schadensanspruchs allein aus diesem Mangel wäre unberechtigt, wohl aber ist der Versicherte zu besonders gewissenhafter Angabe verpflichtet. Die Tatsachenfeststellung ergibt aber, daß der Versicherte in einer großen Reihe von Einzelfällen in dem von ihm eingereichten die Grundlage der Schadensfeststellung bildenden Verzeichnisse bewußt unrichtige übertriebene Angaben gemacht hat.

10. Hamburg 1. 11. 17. Hat sich der Versicherer bei Ausbedingung einer Sicherheitsmaßregel so unklar ausgedrückt, daß der Versicherte sie so auffassen konnte, wie die Sicherheitsmaßregel von ihm ausgeführt worden ist, so kann der Versicherte später nicht rechtswirksam eine weitergehende Schutzvorrichtung verlangen.

11. Düsseldorf 8. 11. 16, VA. 17*, 15. Bei der Erstattung der Schadenanmeldung und ebenso der Unfallanzeige handelt es sich nicht um die Erfüllung einer Verbindlichkeit, die dem Versicherungsnehmer als Schuldner gegenüber der VersGes. oblag, sondern die Anmeldung bildete nur die Voraussetzung des Anspruchs auf die Entschädigung, deren Fehlen eine Verwirkung des Anspruchs zur Folge haben konnte. Wenn der Versicherte mit der Beförderung der Schadenanmeldung einen Dritten beauftragt, so kommt dieser lediglich als „Bote" in Betracht.

§ 8.

1. **RG.** 12. 10. 17. Grundsätzlich ist anzunehmen, daß, wenn ein Vertrag geschlossen wird, der sich inhaltlich lediglich als die Erweiterung eines vorher schon zwischen denselben Vertragsteilen geschlossenen und noch geltenden Vertrages darstellt, der Wille der Parteien dahingeht, daß für den Nachvertrag die gleichen Bedingungen gelten sollen, wie für den Hauptvertrag, es sei denn, daß der Ausschluß oder die Abänderung einer der im Hauptvertrage getroffenen Abreden für den Nachvertrag ausdrücklich vereinbart oder aus besonderen Umständen stillschweigend zu entnehmen ist. Dieser Grundsatz gilt auch für die NachversVerträge. Es besteht keine Vertragspflicht des Versicherers, bei Ablauf der Vers. den Versicherungsnehmer hiervon zu benachrichtigen und anzufragen, ob die Verlängerung beantragt werden soll. Dabei soll aber nicht in Abrede gestellt werden, daß unter Umständen auch ein zwischen den Vertragsparteien lange geübter Brauch stillschweigende Vertragspflicht werden kann.

2. KG. 28. 2. 17. Der Wille des VersAgenten, in die Police die stillschw. Verlängerungsklausel aufzunehmen sowie die Tatsache, daß diese in neueren Policen des Ver-

sicherers enthalten ist, genügt nicht, um dieselbe anwendbar zu machen für einen Vertrag, bei dem dieselbe sowohl in dem Antrag als auch in der Police fehlt.

§ 10.

1. Toop, § 10 VVG. in der Rechtsprechung, Wallmann 1917 II 1189 wiederholt unter Bezugnahme auf KG. 10. 1. 17 (vgl. unten zu 2) seine früher begründete Ansicht, nach der die in § 10 erforderte Mitteilung der Wohnungsänderung Mitteilung der neuen Adresse bedeutet. Das Ges. hat nicht eine Aufgabe der Wohnung i. S. einer Aufkündigung der Wohnräume im Auge, sondern eine Änderung eines zu einer Wohnung an sich geeigneten Raumes, dessen Bereich vereinbarungsgemäß empfangsbedürftige Willenserklärungen in sich aufnehmen soll.

2. KG. 10. 1. 17. Die Mitteilung des Versicherten, daß er zum Heeresdienst einberufen sei, stellt eine Wohnungsänderung dar. Auch wenn weitere Angaben fehlen, kann der Versicherer durch Erkundigung bei den maßgebenden Stellen dem Versicherten Mitteilungen, insbesondere das bei Prämienverzug gesetzl. vorgeschriebene Mahnschreiben, zugehen lassen. Die Absendung dieses Mahnschreibens an die letzte bekannte, der Einberufung vorhergehende Wohnung ist rechtsunwirksam.

3. Kiel 23. 10. 17. Erlischt der Anspruch des Versicherten bzw. seiner Erben, wenn nicht innerhalb einer gewissen Frist nach seiner Ablehnung Klage erhoben ist, so genügt es, wenn der Anspruchberechtigte innerhalb der Frist den Antrag auf Bewilligung des Armenrechtes stellt. Die Tatsache, daß es ihm erst in zweiter Instanz nach Ablauf der Frist gewährt wird, kann ihn nicht belasten.

Zweiter Titel. Anzeigepflicht. Gefahrerhöhung.

Schrifttum: Josef, Vor und nach Beginn der Versicherung, Wallmann 17, 1370. — VA. 17, 97. — Werneburg, Anzeigepflicht und Rücktrittsrecht im Versicherungsvertrag, Österr. Rev. 17, 32, 45.

§§ 16 ff.

1. Josef, Wallmann 17, 1370. Der VersVertrag ist in hohem Maße Vertrauenssache, und es bestehen schon vor dessen Abschluß, also während der Vorverhandlungen, Verpflichtungen der Beteiligten gegeneinander; das bringt das Ges. zum Ausdruck durch die Anzeigepflicht der §§ 16 ff. VVG. Um so mehr darf also, wenn der Vertrag abgeschlossen ist, seine Wirksamkeit aber noch nicht begonnen hat, jeder Teil darauf vertrauen, daß der andere bei Ausübung seiner Rechte und bei Erfüllung seiner Pflichten gemäß den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden verfahren werde. Bricht also, wenn die Vers., wie regelmäßig, mittags um 12 Uhr beginnt, vor dieser Stunde ein Brand aus, und ist die Gefahr, daß dieser nach Beginn der Vers. die versicherte Sache ergreifen werde, so groß, daß der Versicherer, wenn er von der Sachlage Kenntnis hätte, die Ausräumung verlangen würde, so ist der Versicherungsnehmer zu Rettungsmaßnahmen verpflichtet. Nach § 242 BGB. gilt also dieses als vereinbart und ferner, daß alle hierbei dem Versicherungsnehmer entstehenden Kosten und Schäden der Versicherer zu tragen hat, da sie in dessen Interesse gemacht werden. Diese Erstattungspflicht des Versicherers tritt auch ein, wenn es demnächst gelingt, das Feuer einzudämmen, so daß es die bedrohten Räume gar nicht ergreift, oder wenn es die versicherte Habe noch vor der Mittagsstunde ergreift, der Versicherer also nicht entschädigungspflichtig ist. — Wenn von mehreren durch denselben Vertrag gegen Feuer versicherten Gebäuden desselben Versicherungsnehmers bei einem unmittelbar vor dem Beginne der Versicherung ausgebrochenen Brande das eine vor dem Beginne der Vers. beschädigt wird, das andere aber erst nach deren Beginn, so ist der Versicherer nicht für das erstere ersatzpflichtig, dagegen für das letztere selbst dann, wenn der vor dem VersBeginn ausgebrochene Brand notwendigerweise die Beschädigung auch dieses Gebäudes herbeiführen mußte. Folglich gilt das gleiche auch dann, wenn im gedachten Falle von einer und derselben Sache oder Menge (z. B. versicherten Vorräten) ein Teil vor dem Beginne der Vers., ein anderer Bestandteil oder Teil nach deren Beginn brand-

beschädigt wird. War aber der durch das Brandereignis vor Beginn der Vers. verursachte Schaden so groß, daß die Sache oder Menge schon bei Beginn der Vers. als gänzlich vernichtet anzusehen ist, so ist der Versicherer leistungsfrei. Dies wird z. B. anzunehmen sein, wenn die Räume, in denen sich versicherte Möbel befinden, schon vor der Mittagsstunde (dem Beginn der Vers.) vom Feuer erfaßt sind, da dies erfahrungsmäßig sofort den völligen Verderb der Möbel zur Folge hat, auch wenn sie erst nachmittags gänzlich verbrannt sind. — Der Vers.Nehmer ist dafür, daß der Schaden oder ein bestimmter Teil davon in der Zeit nach Beginn der Vers. eingetreten ist, beweispflichtig und kann hierüber zum Schätzungseid zugelassen werden.

2. VA. 17, 97. Das Aufsichtsamt vertritt gegenüber Ersatzkassen den Standpunkt, daß das Ausschluß-, Anfechtungs- und Rücktrittsrecht zukünftig nur in dem Falle gegeben sein soll, wenn der VersPflichtige bei Eintritt in die Ersatzkasse erkrankt war und dies bei der Aufnahme verschwiegen hat.

3. **Werneburg**, ÖsterrRev. 17, 32, 45. Unter „Umständen" i. S. des § 16 sind auch zukünftige Vorgänge und Ereignisse zu verstehen, z. B. muß der zukünftige Bau einer feuergefährlichen Anlage in der Nachbarschaft angezeigt werden. — Die erstattete Anzeige muß objektiv richtig sein; vor Beantwortung der Frage muß sich der Versicherungsnehmer Gewißheit verschaffen, ob seine Anzeige auch der objektiven Wahrheit entspricht. — Eine für den Versicherungsnehmer ganz zweifelsfreie Rücktrittserklärung des Versicherers liegt dann vor, wenn dieser dem Versicherungsnehmer erklärt, er annulliere den Vertrag wegen Verschweigung von Gefahrumständen oder wegen unrichtiger Anzeige oder dann, wenn der Versicherer den Vertrag wegen Verletzung der Anzeigepflicht anficht.

4. **RG.** 30. 6. 16, VA. 17*, 8. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, eine erst nach Beantwortung der gestellten Fragen, aber noch vor dem Abschlusse des VersVertrages eintretende erhebliche Veränderung der Umstände, nach denen gefragt ist (Erleiden eines Schlaganfalls), der VersGes. anzuzeigen.

5. **RG.** 6. 10. 16, Wallmann 17, Bd. II 1467. Der Lebensversicherer ist zum Rücktritt vom Vertrag nicht berechtigt, wenn die Fragen im Antrag zwar objektiv falsch beantwortet sind, die falsche Beantwortung aber unverschuldet ist. Unverschuldet ist die Beantwortung insbesondere dann, wenn der Versicherte berechtigterweise die Erkrankung für unerheblich, im gewöhnl. Leben nicht beachtlich halten konnte, sowie wenn der untersuchende Vertrauensarzt dieselbe nicht für angabepflichtig ansah.

6. **RG.** 6. 3. 17. Hat der Agent den Antrag ausgestellt und der Versicherungsnehmer ohne Kenntnis seines Inhalts ihn unterschrieben, und ist in ihm die Frage nach früheren Bränden des VersNehmers falsch beantwortet, so trägt die Verantwortung hierfür der VersNehmer, sofern nicht besondere Umstände, die ihn entlasten können, vorliegen.

7. Hamburg 2. 4. 17. Die wissentl. erfolgte Verletzung der Anzeigepflicht ist trotz der dieselbe scheinbar rechtfertigenden Belehrung nicht entschuldigt, weil es sich um einfache, klare Fragen gehandelt hat, und der VersNehmer erkennen mußte, daß die Ausführungen des Agenten mit dem unzweideutigen Willen des Versicherers unvereinbar waren.

8. Stettin 12. 4. 17, vgl. Nr. 2 zu § 67.

9. KG. 28. 4. 17. Der Versicherte muß es gegen sich gelten lassen, wenn die Fragen im Antrag wissentl. falsch und in der Absicht, den Versicherer zu täuschen, unrichtig beantwortet sind, mag auch der Agent die Antworten niedergeschrieben haben. Duldet der Vers.-Nehmer, daß der Agent bewußt falsche Angaben in den Antrag aufnimmt, und bekräftigt dieses durch seine Namensunterschrift, so macht er sich einer arglistigen Täuschung schuldig, die seinen VersAnspruch vernichtet.

§ 18.

RG. 6. 3. 17, DVersZ. 17, 87. Als erheblich gilt, wonach ausdrücklich gefragt worden ist. Irgendeine Entschuldigung für die falsche Beantwortung der Frage nach den Vorbränden kann der VersNehmer nicht geltend machen.

§ 21.

Schrifttum: Kisch, Zur Lehre von der Gefahranzeige im Versicherungsrecht, LeipzZ. 17, 16, 1303. — Gottschalk, Das Rücktrittsrecht des Versicherers in dem Fall des § 21 VVG., LeipzZ. 17, 1297.

1. Kisch, LeipzZ. 17, 16. Dem dem Rücktritt zugrunde liegenden Gedanken würde es entsprechen, dem Rücktritt des Versicherers rückwirkend befreiende Kraft auch dann zu verleihen, wenn der inzwischen eingetretene VersFall mit dem anzeigepflichtigen Umstande gar nicht zusammenhängt, sondern auf anderen Gründen beruht. Auch im sonstigen Recht kommt es auf den Kausalzusammenhang zwischen dem anzeigepflichtigen Umstand und dem VersFall nicht an. Die Unterscheidung, je nachdem der Rücktritt wegen Verletzung der Anzeigepflicht zeitlich vor oder nach Eintritt des VersFalls erklärt wird, ist unverständlich. Man muß zwei Kausalzusammenhänge unterscheiden: einerseits den zwischen der Verletzung der Anzeigepflicht und dem Abschluß des Vertrages, andererseits den zwischen dem anzeigepflichtigen Umstand und dem Eintritt des VersFalls. Das Rücktrittsrecht wegen verletzter Anzeigepflicht ist im Hinblick auf das Vorliegen oder die Möglichkeit des ersten Kausalzusammenhanges verliehen. Demgemäß müßte seinem Rücktritt befreiende Kraft schlechterdings verliehen werden, also auch dann, wenn der VersFall, nach dessen Eintritt er sich lossagt, gar nicht auf dem anzeigepflichtigen Umstand beruht. Das Ges. läßt für die Wirkung des Rücktritts den zweiten Kausalzusammenhang entscheiden, während für die Verleihung des Rücktrittsrechts einleuchtenderweise nur der erste maßgebend sein kann. Richtig wäre es gewesen, wenn das Ges. dem Versicherer gar nicht das Rücktrittsrecht, sondern nur das Recht gegeben hätte, seine Haftung auf die vom anzeigepflichtigen Umstand unbeeinflußten VersFälle zu beschränken.

2. Gottschalk, LeipzZ. 17, 1297 wendet sich gegen die Ansicht Kischs, daß ein Kausalzusammenhang zwischen dem anzeigepflichtigen Umstand und dem Eintritt des VersFalls bestehen müsse; sie werde dem Wortlaut und dem Sinne des Ges. nicht gerecht, denn das Ges. spricht von dem Einfluß auf den Eintritt des VersFalls und auf den Umfang der Leistung des Versicherers. Diese letzten Worte können nicht bedeutungslos sein. Das Ges. will auf diese Weise ausdrücken, daß auch dem Einfluß auf den Umfang der Leistung Bedeutung beigemessen wird. Eintritt des VersFalls und Umfang der Leistung stehen gleichberechtigt nebeneinander. Die Leistungspflicht des Versicherers setzt den Nachweis seitens des Versicherungsnehmers voraus, daß die Verletzung der Anzeigepflicht keinen Einfluß auf den Eintritt des VersFalls und den Umfang der Leistung gehabt hat. Neben dem Kausalzusammenhang zwischen dem anzeigepflichtigen Umstand und dem Eintritt des VersFalls besteht ein Kausalzusammenhang zwischen den Umständen und dem Umfang der Leistung. Beide Kausalreihen laufen nebeneinander. Sie unterscheiden sich aber dadurch, daß im ersten Falle der Zusammenhang ein äußerer ist, während im zweiten Falle zur Feststellung des ursächl. Einflusses der Vertrag mit seinen Bedingungen herangezogen werden muß. Der VersNehmer hat mithin, wenn er den Versicherer leistungspflichtig machen will, nachzuweisen, daß in beiden Beziehungen kein Zusammenhang besteht. Ob ein Zusammenhang zwischen anzeigepflichtigem Umstand und Umfang der Leistung gegeben ist, läßt sich nur an der Hand des einzelnen Falls feststellen. Der § 21 gewährt dem Versicherer immerhin einen Schutz, der größer ist, als er auch z. B. von Kisch angenommen wurde. — Hiergegen wieder Kisch, LeipzZ. 17, 1303. G.s Grundgedanke ist der, wenn sich der Versicherer bei richtiger Anzeige des Gefahrumstandes zu einer Leistung von geringerem Umfange verpflichtet hätte, so hat der Gefahrumstand auf den Umfang der Leistung des Versicherers Einfluß gewonnen, und dieser muß nach § 21 frei werden, mag auch der VersFall selbst auf Umständen beruhen, die mit jenem Umstand nichts zu tun haben. Diese Auffassung des § 21 verdient keinen Beifall, denn § 21 ist abgestellt auf den objektiven Zusammenhang zwischen dem tatsächl. gegebenen Umstand, der nicht oder falsch angezeigt wurde, und dem späteren Verlauf der Ereignisse. Er stellt nicht ab auf die Wir-

kung des Umstandes selbst, bezüglich dessen die Anzeigepflicht verletzt wurde, sondern auf diejenige der Verletzung der Anzeigepflicht.

3. **RG.** 19. 6. 17. Ist die Frage nach Vorbränden, die bei dem Vorbesitzer vorgekommen sind, durch den Prokuristen des VersNehmers verneint worden, so ist der Rücktritt unzulässig, da der Umstand, in Ansehung dessen die Anzeigepflicht verletzt ist, keinen Einfluß auf den Eintritt des VersFalls und den Umfang der Leistung des Versicherers gehabt hat.

§ 22.

1. May, Unanfechtbarkeit der Police und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, LeipzZ. 17, 787. Über den Rahmen der gesetzl. Unanfechtbarkeit hinaus geht die vertragsmäßige Unanfechtbarkeit. Gewöhnlich tritt diese bereits nach drei Jahren ein. Ist bei Schweigen der Bedingungen über den Nichteintritt der Unanfechtbarkeit bei arglistiger Verletzung der Anzeigepflicht trotzdem die Anfechtbarkeit möglich? Kann überhaupt die Unanfechtbarkeit auch für den Fall arglistiger Täuschung im Hinblick auf § 276 Abs. 2 BGB. vereinbart werden? Die Frage ist im allg. zu bejahen; § 276 Abs. 2 kommt unmittelbar nicht zur Anwendung, da es sich nicht um den Inhalt der Vertragspflichten des Versicherungsnehmers handelt, sondern darum, ob das Zustandekommen des Vertrages oder einer Vertragsbestimmung dadurch in Frage gestellt wird, daß der VersNehmer sich bei Eingehung des Vertrages einer Arglist schuldig gemacht hat, also um die Frage, ob der Anfechtungsberechtigte auf sein Recht nach § 123 BGB. verzichten kann, bevor er die Täuschung entdeckt hat. § 144 BGB. steht nicht entgegen. Der Verzicht kann im voraus erklärt werden, allerdings nicht bereits in dem Fragebogen, sondern erst in dem Versicherungsvertrag. Hat der Versicherer auf sein Anfechtungsrecht verzichtet, so kann er auch keinen Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung gegen den VersNehmer geltend machen.

2. **RG.** 8. 6. 17. Wird die Frage nach früheren Erkrankungen von dem Antragsteller in dem Fragebogen verneint, weil der Agent ihm sagt, die richtige Antwort brauche nicht aufgenommen zu werden, so trifft ihn der Vorwurf arglistiger Täuschung allein wegen der objektiv unrichtigen Beantwortung noch nicht.

3. **RG.** 19. 6. 17, MittöffFeuerversAnst. 17, 237. Ist der Abschluß des VersVertrages durch einen Bevollmächtigten erfolgt, so kommt es für die Frage der arglistigen Täuschung nicht allein auf die Arglist des Vertreters, sondern auch auf die des VersNehmers an. Soweit der VersNehmer bei der Beantwortung der für die Übernahme der Gefahr erheblichen Fragen selbst, wenn auch nur mittelbar, mitwirkt, wird er durch den Bevollmächtigten nicht vertreten. Ein bewußtes Mitwirken kann unter Umständen auch schon darin gefunden werden, daß der VersNehmer eine ihm bekannte, dem Vertreter aber unbekannte wesentliche Tatsache diesem vorsätzlich nicht mitgeteilt hat.

4. Posen 6. 7. 17, ZVersWes. 17, 359. Ist der Versicherer arglistig über Gefahrumstände getäuscht worden, so ist derselbe zur Anfechtung des Vertrages, nicht zum Rücktritt von demselben befugt. Unerheblich ist, ob der Versicherer nach den Gefahrumständen gefragt hat, ob die nicht oder falsch angezeigten Umstände Einfluß auf den Eintritt des VersFalles gehabt haben. Zum Nachweis der Arglist genügt, daß der VersNehmer in dem Bewußtsein gehandelt hat, der Versicherer würde bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes möglicherweise den Antrag ablehnen. Auch wenn der VersNehmer die Umstände für objektiv unerheblich für den Versicherer erachtete, kann er gleichwohl mit der Möglichkeit gerechnet haben, daß der Versicherer von seinem Standpunkt aus den Fall anders beurteilen, bei Kenntnis der verschiedenen Umstände sich auf die angetragene Vers. nicht einlassen würde.

5. Celle 11. 7. 17. Der Agent füllt den Antrag in der Weise aus, daß er dem Vers.-Nehmer Fragen stellt und dessen Antworten einträgt. Auf die Frage, ob der VersNehmer gesund sei, antwortet dieser objektiv verkehrt mit ja ohne zu wissen, daß er zu gleicher Zeit Fragen nach bestimmten Krankheiten mitbeantwortet. Tatsächlich war der VersNehmer schon früher erkrankt und auch zur Zeit der Antragstellung krank, wenn ihm dieses auch unbewußt war. Rücktritt wegen Verletzung der Anzeigepflicht ist ausgeschlossen, weil

der Vertrag nach drei Jahren unanfechtbar wird. Die Unanfechtbarkeitsklausel bezieht sich auf alle nur denkbaren Fälle mit Ausnahme der Arglist. Arglist liegt aber nicht vor, weil der VersNehmer nicht wußte, daß er mit der Antwort „er sei gesund" zu gleicher Zeit die Antragsfrage nach einer bestimmten Krankheit verneinte und weil derselbe nach den tatsächlichen Feststellungen sich nicht bewußt zu sein brauchte, daß diese Krankheit ihren Fortgang nahm. Auch die Anfechtung wegen Irrtums ist ausgeschlossen.

§ 23.

1. **RG.** 23. 2. 17, Wallmann 17, Bd. II 1685. Kann der VersNehmer unverschuldet annehmen, daß der Versicherer in die Gefahrerhöhung eingewilligt hätte, so kann der Versicherer seine Leistungspflicht nicht bestreiten. Insbesondere gilt der VersNehmer dann als entschuldigt, wenn er annehmen durfte, daß der VersAgent, dem er Mitteilung gemacht hat, diese Mitteilung an die zuständige Stelle weitergeben würde.

2. München 23. 2. 17. Eine unverschuldete Verletzung der Anzeigepflicht betreffend Gefahrerhöhung bei der Feuervers. liegt dann vor, wenn die bestehende Änderung mit dem Agenten besprochen und letzterer darauf eine entsprechende Eingabe an den Generalagenten gemacht hat, die von dem Versicherten selbst unterzeichnet gewesen ist. Der Versicherte mußte sich darauf verlassen können, daß der Agent alles tun werde, was zur Erhaltung des VersAnspruchs erforderlich ist. Mit dem Verlust des Briefes hätte er nicht zu rechnen brauchen, und aus dem Schweigen des Versicherers hat er den Schluß ziehen können, daß er den Vertrag nicht kündigen und trotz der mitgeteilten Änderung an ihm festhalten wolle.

3. KG. 27. 10. 17. Ist im VersVertrag eine Anzeigepflicht bezüglich veränderter Gefahrumstände ausbedungen, so ist unter veränderter Gefahr nur eine erhöhte Gefahr zu verstehen. Da tatsächlich die vorgenommene Änderung keine Gefahrerhöhung mit sich brachte, so kann der Versicherer nicht die Befreiung von der Ersatzpflicht für den eingetretenen Brand verlangen.

§ 29.

Hamm 21. 3. 17. Der Einbau einer elektrischen Lichtanlage auf einem kleinen Bauernhofe stellt keine Gefahrerhöhung, sondern im Hinblick auf den Fortfall der Lampenbeleuchtung eine Gefahrminderung dar. Die Aufstellung einer nur alle paar Wochen kurze Zeit zum Eigengebrauch in Betrieb gesetzten Schrotmühle stellt ebenfalls keine erhebliche Gefahrerhöhung dar. Der Anspruch des Versicherten aus einem voraussichtlich auf Brandstiftung zurückzuführenden Brande ist nicht untergegangen. Die Unterlassung der Anzeige von der Einrichtung des elektrischen Betriebes ist unbeachtlich, da sie jedenfalls ohne Verschulden erfolgt ist.

§ 34.

RG. 8. 12. 16, VA. 17*, 25, Wallmann 17 Bd. I 729. Zur Annahme einer bei der Schadensermittlung vom VersNehmer verübten arglistigen Täuschung genügt es, daß der Versicherte die wissentlich unwahren Angaben in der Absicht den Versicherer zu täuschen, gemacht hat. Es ist nicht erforderlich, daß der Versicherte mit den unwahren Angaben einen nach der Sachlage unberechtigten Vermögensvorteil erstrebt hat.

Dritter Titel. Prämie.

Schrifttum: Anonym: In welchem Falle hat der Versicherer wegen seiner Prämienforderung einen Anspruch an den Nießbraucher bzw. an den Nutznießer, MittöffFeuerversAnst. 17, 23. — Beume, Einfluß des Krieges auf den Privatversicherungsvertrag, ZVersWiss. 17, 155. — Hecht, Anwendbarkeit der BRVO. v. 7. u. 18. 8. 14 über die gerichtl. Bewilligung von Zahlungsfristen und die Folgen der nicht rechtzeitigen Zahlung einer Geldforderung auf die Prämienzahlungen aus Versicherungsverträgen, AnnVers. 17, 49, 57.

§ 38.

1. Anonym, MittöffFeuerversAnst. 17, 23. Ist der Vertrag mit dem Eigentümer geschlossen, so kann der Versicherer den Nießbraucher nicht für die Prämien haftbar machen,

auch nicht aus § 1045 BGB. Bei der Erbschaft in der Vbdg. mit dem Nießbrauch haften dem Versicherer für die Prämien nach § 1088 BGB. sowohl der Eigentümer wie der Nießbraucher. Beim Vor- und Nacherben haftet allein aus § 2124 BGB. der Vorerbe. Bei der Versicherung der zum eingebrachten Gute der Frau gehörigen Sachen haften nach §§ 1388, 1385 BGB. der Ehemann und die Ehefrau als Gesamtschuldner für die Zahlung der Prämie einerlei, ob der Mann oder die Frau den VersVertrag abgeschlossen hat; in beiden Fällen haften die Ehegatten als Gesamtschuldner.

2. Beume, ZVersWiss. 17, 155. Der Wegfall des VersAnspruchs ist keine besondere Rechtsfolge i. S. des § 1 der BRVO. v. 18. 8. 14; es liegt im Wesen der Vers., daß die Leistungspflicht des Versicherers die Prämienzahlung zur unbedingten Voraussetzung hat und es versicherungsrechtl. nicht als eine besondere Rechtsfolge, sondern als eine selbstverständl. Folge der nicht gezahlten ersten Prämie erscheint, daß der Versicherer von der Leistung frei bleibt.

3. Hecht, AnnVers. 17, 49ff., 57. Die Befreiung des Versicherers von der Leistung und das ihm zustehende Kündigungsrecht in Gemäßheit der §§ 38, 39 VVG. sind als „allgemeine" Rechtsfolgen anzusprechen. Durch starke Häufung von richterl. Bewilligungen von Zahlungsfristen an Prämien und Zinsen kann eine VersGes. einen fühlbaren Ausfall erleiden. Durch Beseitigung der Folgen der §§ 38, 39 tritt eine Fortdauer des Risikos wie bei der Stundung ein. Die Ges. muß also Schadenssummen bezahlen, von denen sie ohne das richterl. Eingreifen nach Maßgabe des VersVertrages befreit wäre. Auf diese Weise tritt eine oftmals beträchtliche Verschiebung zum Nachteil des Gläubigers und zum Vorteil des in Verzug befindlichen Schuldners ein. Kommt die Beseitigung von Rechtsfolgen in Frage, so wird der Richter den auszugleichenden Interessen beider Parteien regelmäßig dadurch am meisten gerecht werden, daß er zwar die allgemeinen Folgen des Kündigungsrechts bzw. der bereits ausgesprochenen Kündigung beseitigt, aber die Befreiung der Ges. von der Leistung für den Fall des zwischenzeitl. Schadenseintritts bestehen läßt. Auch formal besteht hierzu eine Berechtigung; da die Gewährung einer Zahlungsfrist sowohl für den Gesamtbetrag als auch nur für einen Teilbetrag der Forderung zulässig ist, so können auch die Rechtsfragen nur zum Teil beseitigt, zum Teil dagegen aufrecht erhalten bleiben.

§ 39.

Schrifttum: Beume, Einfluß des Krieges auf den Privatversicherungsvertrag, ZVers.-Wiss. 17, 155. — Hahn-Saida, Aus dem Recht des Folgeprämieneinzugs, DVersPresse 17, 193.

1. Hahn-Saida, DVersPresse 17, 193. Den Ausgangspunkt bildet Dresden 27. 3. 17, LeipzZ. 17, 694, nach dem eine Frist nicht bestimmt werden kann, bevor die vertragsmäßige Zahlungsfrist abgelaufen ist. Die Respektfrist ist keine Stundungsfrist. Innerhalb des Laufs dieser Frist kann die Nachfrist des § 39 von zwei Wochen nicht gesetzt werden. Dies wäre eine durch nichts gerechtfertigte willkürliche Zerreißung der bedingungsgemäßen Frist. Mit Ablauf der Respektfrist erlischt die Haftung der Ges. Sie hat die gleiche Bedeutung, das gleiche Ziel wie die Nachfrist von zwei Wochen in § 39 und von einem Monat in § 91. Der Versicherer muß also nach dem Zeitpunkt der kalendermäßigen Fälligkeit oder dem sich unter Berücksichtigung des § 37 etwa ergebenden anderweitigen Zeitpunkt stets gemäß § 39 eine Nachfrist setzen und diese Frist nach den Bedingungen berechnen, wenn sie länger als die gesetzliche ist.

2. VA. 17, 121. Auf Vers., die nach älteren VersBedingungen abgeschlossen sind, das neueren Bedingungen entsprechende Mahn- und Kündigungsverfahren anzuwenden, wenn die Prämien nicht gezahlt worden sind, ist bedenklich.

3. ZVersWes. 17, 300. Soll die „Respektfrist" überhaupt eine praktische Bedeutung haben, so kann diese Bedeutung nur darin bestehen, daß der Versicherer die ihm wegen nicht rechtzeitiger Beitragszahlung zustehenden Befugnisse, insbesondere auch die Befugnis,

eine Nachfrist zu setzen, gemäß § 39 VVG. erst ausüben kann, wenn die Zahlungsfrist abgelaufen ist. Vgl. auch VA. 11, 221.

4. **RG.** 19. 1. 17. Wallmann 1917 Bd. II 1381. Die Bestimmungen, die bei Nichtbezahlung von Folgeprämien zu beachten sind, sind zwingend und haben rückwirkende Kraft.

5. **RG.** 16. 2. 17, VA. 17*, 4. Eine Mahnung, welche die Rechtsfolgen des Verzugs lediglich mit der Nichteinhaltung der Nachfrist in Zusammenhang bringt, ist nichtig, denn das Ges. knüpft den Eintritt der Verzugsfolgen nicht an den Ablauf der Nachfrist, sondern erst an den auch noch nachher und bis zum Eintritte des VersFalls oder bis zur Kündigung des VersVerhältnisses durch den Versicherer fortdauernden Zahlungsverzug.

6. **RG.** 20. 3. 17. In der Erklärung, daß die Versicherung bloß ruhe, fehlt jeder Hinweis auf das der Bekl. als Folge der Fristversäumung entstehende Kündigungsrecht, und ferner müßte das Ruhen der Versicherung, selbst wenn darunter das Freiwerden der Bekl. von der Leistungspflicht verstanden wird, an die Fortdauer des Verzuges geknüpft werden.

7. **RG.** 9. 10. 17. Die BRVO. v. 18. 8. 14 findet Anwendung. Die Heilung der Folgen des Prämienverzuges gibt nicht dem Versicherten bzw. seinen Erben ein neues Recht, sondern heilt vielmehr nur die Folgen des Prämienverzuges, zu welchen auch die Nichtleistung im Schadensfalle gehört, so daß der frühere Zustand wieder hergestellt wird. Die „besonderen" Rechtsfolgen schaffen keinen Unterschied zu den allgemeinen Rechtsfolgen. „Besondere" Rechtsfolgen sind auch diejenigen des VVG. Dadurch, daß die VO. nicht von dem Schuldner, sondern von seinen Erben geltend gemacht wird, wird ihre Anwendbarkeit nicht beeinflußt, denn die Erben sind an die Stelle des Schuldners getreten.

8. **RG.** 7. 12. 17. Nur eine vollständige, nach der Vorschrift des Ges. auch Zinsen und Kosten mitumfassende Zahlung der geschuldeten Beträge hebt den Verzug des Versicherten auf. Auch das Fehlen eines verhältnismäßig geringfügigen Betrages beim Eintreten des VersFalls läßt den Versicherten in Rückstand.

9. KG. 10. 1. 17. Die Mitteilung des Versicherten, daß er zum Heeresdienst einberufen sei, stellt sich als Wohnungsänderung dar (§ 10 VVG.). Sollten selbst weitere Angaben fehlen, so kann der Versicherer durch Erkundigung bei den maßgebenden Stellen die nähere Adresse des Versicherten erfahren, insbesondere muß der Versicherer alles tun, damit das Mahnschreiben (§ 39) dem Versicherten ordnungsgemäß zugestellt wird. Infolgedessen ist die Absendung des Mahnschreibens an die letzte Zivildresse des Versicherten rechtsunwirksam.

10. Hamm 24. 3. 17. Der Versicherte, bis Kriegsbeginn ein pünktlicher Prämienzahler, geriet durch den Krieg in Not und zahlte die fälligen Prämien nicht, der Versicherer mahnte wiederholt, kündigte aber nicht. Nach dem Ableben des Versicherten infolge Unfalls ist die fällige Prämie bezahlt. Grundsätzlich ruhte die Vers. infolge Prämienverzug. Da der Prämienverzug aber auf einem Kriegsnotstand beruht, so greift zugunsten der Erben des Versicherten die VO. v. 18. 8. 14 ein.

11. Dresden 22. 5. 17. Die Prämie ist nicht gezahlt. Die VersGes. hat ordnungsgemäß gemahnt. Der Versicherte fordert Aufrechnung mit der fälligen Schadenssumme, die die VersGes. verweigert. Der Versicherte erklärt nunmehr, daß er die Prämie zurückbehalte bis ihm die fällige Versicherungssumme bezahlt ist. Aus der unterbliebenen Prämienzahlung kann die VersGes. nur dann befreiende Rechte herleiten, wenn der Schuldner im Verzuge ist (§ 39 VVG.). Verzug liegt nicht vor, wenn die Zahlung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Grundsätzlich hat der Schuldner nur für Vorsatz oder Fahrlässigkeit einzustehen. Fahrlässigkeit ist nicht gegeben, wenn der Schuldner ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht zu lassen, sich zur Zahlungsverweigerung berechtigt glaubt, auch wenn diese Auffassung nicht zutreffen sollte.

12. KG. 14. 7. 17. Das form- und fristgerechte Mahnschreiben ist dem VersNehmer dadurch zugegangen, daß es seiner Ehefrau, welche ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, in seiner Wohnung, die er bei seiner Einberufung zum Heeresdienst nicht aufgegeben hatte, ausgehändigt ist. Der Versicherer, welcher erneut erinnert, tut

hiermit mehr als wozu er verpflichtet ist und übernimmt im Hinblick auf solches Tun keine Gewähr für etwaige Versehen.

13. KG. 3. 11. 17. Ein Mahnschreiben, das den Vorschriften des § 39 Abs. 1 nicht völlig entspricht, ist rechtsunwirksam. Die Mitteilung des VersNehmers, daß er die Prämie nicht zahlen könne, stellt keinen Rücktritt oder eine fristlose Kündigung des Vertrages dar, da ein einseitiges Recht des VersNehmers hierzu nicht gegeben ist. Faßte der Versicherer diese Mitteilung so auf, daß der VersNehmer mit derselben die Befreiung vom Vertrage wünschte, so mußte er sich zu diesem Angebot äußern, insbesondere zustimmendenfalls dasselbe annehmen.

14. Düsseldorf 26. 11. 17. Ein „Mahnschreiben" folgenden Inhalts: „Wir gestatten uns ferner, Sie darauf hinzuweisen, daß die Entschädigungspflicht unserer Ges., falls Sie vorstehender Aufforderung nicht rechtzeitig entsprechen, während des Verzuges ruht und die Verpflichtung zum Schadensersatz erst dann wieder in Kraft tritt, wenn die Prämie nebst Kosten bezahlt ist. Im Falle des Verzuges steht es unserer Ges. bedingungsgemäß frei, den Vertrag als aufgehoben zu betrachten oder die Prämie gerichtlich einzuziehen" entspricht zwar nicht dem gesetzlichen Wortlaut, der ein Ruhen der Entschädigungspflicht während des Verzuges nicht kennt. Andererseits kann mit den Worten „Ruhen der Entschädigungspflicht" nur das Freiwerden von der Leistungspflicht verstanden sein, so daß aus diesem Grunde das Mahnschreiben nicht für ungültig zu erklären ist.

Vierter Titel. Versicherungsagenten.

§ 43.

1. KG. 29. 10. 15, VA. 17*, 7. Verschweigt der Agent arglistig die Höhe der Nachschußprämie, so kann der VersVertrag angefochten werden.

2. Karlsruhe 3. 5. 17. Der Generalagent hat zwar für die Schadensregulierung keine Vollmacht (§ 43—48 VVG.); duldet aber die VersGes., daß der Generalagent anstatt nur Mitteilungen zu übermitteln oder ihren Inhalt bekannt zu geben, den Schriftwechsel selbständig führt, so muß sie seine Abmachung auch Dritten gegenüber anerkennen. — Bei einer Glasversicherung besteht ein Wahlrecht zwischen Naturalersatz oder Barentschädigung. Die VersGes. hatte die versicherten Scheiben ohne Mitwirkung des Versicherten im Antrag taxiert, die Preise sind sehr erheblich gestiegen. Es wird unentschieden gelassen, ob die Minimaltaxe oder Gesamttaxe als Höchstgrenze bei Barentschädigung anzunehmen ist, da der Generalagent in bindender Weise Naturalersatz zugesagt hat.

3. KG. 4. 7. 17. In der Police ist Ausschluß der Kriegsgefahr bedungen. Der Versicherte hat sich bereit erklärt, für den Einschluß der KrGefahr eine Zuschlagsprämie zu zahlen. Die Police ist eingelöst worden. Der Vertrag einschließlich KrGefahr ist ordnungsgemäß zustande gekommen und kann nicht wegen Dissens angefochten werden. Da die Agenten der Ges. sich nicht an ihre Weisungen hielten, und die Ges. von jeder direkten Benachrichtigung des Versicherten abgesehen hat, so hat sie für das Verhalten ihres Agenten einzustehen und muß seine Erklärung für ihre eigene gelten lassen.

§ 45.

ZVersWes. 17, 20. Inwieweit ist § 88 Abs. 1 HGB. auf Provisionsbezüge der Versicherungsagenten anwendbar? Die Bestimmungen des § 88 Abs. 1 sind, wenn sie schon auf die Tätigkeit und die damit verbundenen Provisionsbezüge der VersAgenten angewendet werden, nur auf die den Abschluß der Versicherung entgeltende Erwerbsprovision anwendbar. Die Inkassoprovision stellt lediglich den Entgelt für reine Dienstleistungen dar. Daher kann ein Anspruch auf diese nur und erst dann hergeleitet werden, wenn diese Dienstleistungen tatsächlich erfüllt werden. Mit der Beendigung des Agentenverhältnisses oder der Inkassotätigkeit des Agenten muß folgeweise auch die Vergütung weiterer Inkassoprovision entfallen, weil vom Agenten keine mit dieser zu entgeltenden Dienstleistungen mehr erfüllt werden. Nur etwa noch rückständige Teile aus der Erwerbsprovision, auch

wenn sie auf eine mehrjährige Vertragsdauer umgelegt ist, sind entsprechend den Bezugsabmachungen noch nachträglich zu vergüten.

Zweiter Abschnitt. Schadensversicherung.

Erster Titel. Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung.

I. Inhalt des Vertrages.

Schrifttum: Eberhard, Der Schadennachweis in der Versicherung. IngDiss. Straßburg 1917. — Fuld, Höchstpreise und Versicherungsverträge, Wallmann 1917 Bd. I 113.

§ 51.

Fuld, Höchstpreise und Versicherungsverträge, Wallmann Bd. I 113. Der HPr. ist keineswegs identisch mit dem VersWert i. S. des § 51. Die Identität kann, aber muß nicht bestehen. Übersteigt die VersSumme die bei Abschluß des Vertrages geltenden HPr. in mehr oder minder erheblichem Maße, so kann nicht angenommen werden, daß nunmehr nach § 51 Abs. 1 bzw. Abs. 2 verfahren wird. Vielmehr würde dies erst dann möglich sein, wenn die Übereinstimmung zwischen dem VersWert und dem HPr. festgestellt wäre. Ist der VersVertrag vor Einführung der HPr. abgeschlossen und bleiben die eingeführten HPr. hinter dem angegebenen VersWert zurück, so kommt eine Verminderung der VersSumme nach § 51 Abs. 1 nicht in Betracht. Da die HPrVO. keine rückwirkende Kraft haben, so ist auch die Rückwirkung auf VersVerträge nur dann möglich, wenn HPr. und VersWert identisch sind. Die Festsetzung der HPr. hat mithin für die Schadensvers.-Verträge bei weitem nicht die praktische Bedeutung, die man auf den ersten Blick ihr zuzuschreiben geneigt wäre.

§ 52.

1. Schneider, Freies richterliches Ermessen in Versicherungs- und Enteignungssachen, LeipzZ. 17, 840. Im Anschluß an **RG.** 17. 11. 16 (JW. 17, 163), nach dem der Ersatzanspruch des VersNehmers ein „Schadensersatzanspruch" ist, auf den § 287 ZPO. Anwendung finden muß, begründet Schneider seine bereits früher (Ehrenzweigs Assek.-Jhb. 1916) geäußerte Meinung, daß das VersRecht keinen Schaden, sondern nur den gemeinen Wert des VersGegenstandes ersetzt. Der Begriff des gemeinen Wertes ist ganz besonders scharf zu fassen und festzuhalten. Bei Einschätzung eines Gegenstandes nimmt der gemeine Wert keine Rücksicht auf die persönliche Lage seines Besitzers. Der Schadensersatz i. S. des VVG. ist kein Schaden i. S. des § 259 BGB., keine Wiederausgleichung im Vermögensstande des Betroffenen.

2. KG. 17. 11. 17. Die Kl., eine Kriegsgesellschaft, fordert als Ersatz für durch Feuer vernichtete Lebensmittel denjenigen Wert, der für die Bereitstellung gleicher Mengen aufzuwenden ist. Ihr Anspruch ist abgewiesen worden, weil maßgebend der gemeine Wert, bei Waren der Verkaufswert z. Z. des Versicherungsfalles ist. Der höhere Anschaffungswert ist entsprechend § 86 nur bei den dort besonders aufgeführten Gegenständen zu ersetzen, zu denen die durch Brand vernichteten Vorräte nicht gehören.

3. **RG.** 9. 10. 17. Ob der Versicherte eine in der Schadensquittung enthaltene gedruckte Erklärung, durch welche er sich für vollbefriedigt erklärt, die er aber bei Vollziehung nicht gesehen hatte, wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Versicherers anfechten kann, kann dahingestellt bleiben, da die vorgenommene Anfechtung wegen Irrtums allein schon ausreicht.

§ 64.

Schrifttum: v. Haselberg, Bemerkungen zum Sachverständigenverfahren in der Feuerversicherung, MasiusRdsch. 17, 101. — Kisch, Die rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungssachen, RheinZ. 17, 12.

1. v. Haselberg, MasiusRdsch. 17, 101. Das Schätzungsverfahren darf nicht verwechselt werden mit dem schiedsrichterl. Verfahren i. S. der ZPO. Die Sachverständigenarbeit liefert

lediglich eine Schätzung, die die Grundlage für die Feststellung der Entschädigung zu bilden hat. — Die allgemeinen VersBedingungen (§ 14) bestimmen die Zuständigkeit der Sachverständigen anders als § 64 VVG. Gewöhnlich haben die Sachverst. Feststellungen nur über die Höhe des an den versicherten Sachen entstandenen Schadens zu treffen. — Für die Ablehnung des Sachverständigen von der Gegenpartei kommen die allg. rechtl. Grundsätze zur Anwendung. Die Ablehnung ist berechtigt, wenn dem Gewählten offenbar die Fähigkeit, als Sachverst. aufzutreten, fehlt. — Die Originalgutachten gehören zu den Akten des Versicherers; er hat Abschriften auf Verlangen anzufertigen und dem VersNehmer auszuhändigen.

2. Kisch, RheinZ. 17, 12. Solange das Schiedsgutachten noch nicht ergangen ist, ist die der Entscheidung vorbehaltene Voraussetzung für die Leistungspflicht des Versicherers noch nicht verwirklicht. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Anspruch des Versicherten noch nicht fällig, es gibt keinen Schuldner- und keinen Gläubiger-Verzug. Der Versicherer kann zur Zahlung gerichtlich nicht verurteilt werden. Hieraus erwächst aber nicht die Einrede des Schiedsvertrags (ZPO. § 274 Abs. 2 Nr. 3) oder die Einrede, daß der „Rechtsweg ausgeschlossen sei". Die Erhebung einer Feststellungsklage, daß das bestrittene Bestehen des VersVerhältnisses festgestellt wird oder daß dem Versicherten gegen den Versicherer ein Anspruch auf Leistung zusteht, ist zulässig. — Die positive Wirkung des Schiedsgutachtens besteht darin, daß über eine bestimmte Voraussetzung des Anspruchs des VersNehmers in einer für die Parteien bindenden Weise entschieden ist. Die Wirkung beruht lediglich auf dem Willen der Parteien, welche den Schiedsmannvertrag miteinander abgeschlossen haben. Das Schiedsgutachten hat aber im Gegensatz zu dem Schiedsspruch keine Rechtskraft oder Vollstreckungskraft. Die Wirkung des Gutachtens ist eine unmittelbare, die Rechtsbeziehungen der Parteien gestalten sich von selbst in der dem Schiedsgutachten entsprechenden Weise; das Gutachten wirkt zurück auf die Zeit seit Eintritt des VersFalls. Wird der Anspruch des VersNehmers gerichtlich eingeklagt, so hat der Richter das Ergebnis des Gutachtens seinem Urteil zugrunde zu legen. Jedoch ist das Gericht nicht in der Weise gebunden, daß das Schiedsgutachten zwingenden Beweis erbringt. Das Gutachten wirkt nicht als prozessuales Beweismittel für einen bestimmten Tatbestand, sondern als privatrechtlich verbindliche Feststellung desselben. — Der Spruch hat nur Bindungskraft bezüglich derjenigen Punkte, welche seiner Entscheidung vorbehalten worden waren. Haben die Parteien eine Überschreitung der Befugnisse widerspruchslos genehmigt, so ist der Schiedsgutachtervertrag stillschweigend erweitert. Eine — auch nicht nachträglich genehmigte — Überschreitung der gesetzten Befugnisse nimmt dem Gutachten nur hinsichtlich des überschießenden Teiles die verbindliche Kraft. Nur wenn sich der Spruch als Einheit darstellt, ist er im ganzen unwirksam, falls die Gutachter ihre Zuständigkeit überschritten haben.

3. VA. 17, 121. Der von der Ges. ernannte Sachverst. ist nicht befugt, die Ernennung des Obmanns durch das örtlich zuständige AG. zu verhindern und sie einem benachbarten AG. zu übertragen.

4. VA. 17, 122. Ob der vom AG. ernannte Obmann auch vom AG. seine Gebühren festgesetzt bekommt, ist zweifelhaft.

5. **RG.** 15. 12. 16, VA. 17*, 26, ZVersWes. 17, 51. Wenn die Sachverst. sich über das Gutachten mündlich geeinigt haben und das Ergebnis dieser Einigung in dem Gutachten zum Ausdruck gelangt ist, so ist dasselbe sachlich richtig. Die Tatsache, daß der eine Sachverst. dasselbe vor Einfüllung der Summen unterschrieben hat und ihre richtige Einsetzung dem anderen Sachverst. überlassen hat, ist wohl nicht zu billigen, bietet aber keinen Anfechtungsgrund, da es sich nur um diesen Mangel im Verfahren, für welches Vorschriften nicht gegeben sind, handelt und nicht um eine offenbare Abweichung von dem wirklichen Tatbestand. Eine Schädigung des Versicherten durch diese an sich nicht zu billigende Art des Verfahrens muß verneint werden.

6. **RG.** 12. 1. 17, VA. 17*, 28, DVersZ. 17, 88. Wird eine große Anzahl der zur Wiederherstellung des brandbeschädigten Hauses notwendigen Arbeiten überhaupt gar

nicht berücksichtigt, so liegt eine offenbare Abweichung vom wirklichen Sachverhalt vor. Der Umstand, daß der Fehler auch einem erfahrenen, sorgfältigen Sachverst. unterlaufen kann, schließt nicht aus, daß derselbe doch „offenbar", also insbesondere von jeder geeigneten nachprüfenden Person zu erkennen war. Ob der Fehler erheblich ist, ist eine Tatfrage.

7. **RG.** 10. 7. 17. Offenbare Unbilligkeit, welche eine Anfechtung des den Schaden der Höhe nach feststellenden Sachverständigenverfahrens gestattet, liegt vor, wenn für jeden gewissenhaften, unparteiischen Sachverst. dieselbe ohne weiteres erkennbar ist. Der Versicherte kann den Ersatzanspruch an Dritte abtreten, derselbe kann auch Gläubigern desselben verpfändet sein, ohne daß dadurch das Recht, denselben selbst geltend zu machen, erlischt.

8. KG. 3. 3. 17. Mangels ordentlicher Buchführung haben die Sachverst. den Schaden nur unsicher und im gewissen Sinne auch willkürlich schätzen können. Während des Sachverständigenverfahrens kommt es zu einem Vergleich. Der Versicherte gerät später in Konkurs. Der KonkVerwalter ficht den Vergleich mit der Begr. an, daß sich neue Grundlagen zur Ermittlung des Schadens gefunden hätten. Die Anfechtung ist erfolglos, weil eine bessere, sichere Berechnung auch auf Grund der neuen Tatsachen nicht möglich ist.

9. KG. 9. 5. 17. Eine Abweichung von der Wirklichkeit um 15% ist „erheblich" und berechtigt zur Anfechtung des Sachverständigenspruchs. Offenbar unbillig ist eine Schätzung dann, wenn sich ihre Unrichtigkeit dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängt.

10. KG. 19. 9. 17. Ist die wirkliche Sachlage, da der Versicherte keine Unterlagen beschaffen kann, nicht festzustellen, so ist es verständlich, daß die Schätzung der Sachverst., welche die verbrannten Sachen nicht gesehen haben und nur auf die Angaben des Versicherten angewiesen sind, voneinander abweichen. Hierin liegt unter diesen Umständen keine Abweichung von der wirklichen Sachlage, welche eine Anfechtung des Sachverst.-Verfahrens zur Folge haben würde.

§ 67.

1. Gefeler, Rückgriffsrecht des Versicherers, ZVersWes. 17, 62. § 67 ist eine Steigerung des § 255 BGB.; er schaltet aber nicht § 255 für das VersRecht aus, so daß also der Versicherer, der bei seiner Leistung von der Pfändung des Anspruchs keine Kenntnis hatte, noch zu seinem Recht kommt. Er kann noch nach der Leistung die Abtretung der Ansprüche durch Klage verlangen und dann Schadensersatz fordern.

2. Stettin 12. 4. 17. Bei dem Verzicht auf jeglichen Ersatzanspruch für alle Brandschäden und sonstigen Schäden gegenüber dem Eisenbahnfiskus ist es ohne Bedeutung, ob der aufgegebene Ersatzanspruch gegen den Dritten zur Zeit des Verzichts schon entstanden war oder nicht und ob er erst während des Bestehens des VersVerhältnisses aufgegeben worden ist oder schon zuvor. Da der Entschädigungsverzicht nicht angezeigt worden ist, so liegt überdies eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht vor.

II. Veräußerung der versicherten Sache.

Schrifttum: Weiß, Die Veräußerung der versicherten Sache und ihre Wirkungen auf das VersVerhältnis nach dem VersVertragsGes. und unter Berücksichtigung der Österreichischen VersO. v. 22. 11. 15. Göttingen, JngDiss. — Englisch, Unwahre Anzeige von der Veräußerung einer versicherten Sache, AnnVers. 17, 337.

§ 69.

Englisch, AnnVers. 17, 337. Bestehen Zweifel über die Person des berechtigten Empfängers, so kann der Versicherer die Versicherungssumme nach § 372 BGB. hinterlegen. Hierdurch wird die Gefahr doppelter Zahlung vermieden. Bei hohen Vers.-Summen empfiehlt sich, falls der Veräußerer zu erreichen ist, die Ausstellung einer negativen Anerkenntniserklärung durch den Zahlungsberechtigten. Bei der HaftpflVers. kann der Versicherer regelmäßig an den Geschädigten zahlen.

§ 70.

KG. 17. 2. 17. Der Versicherer hat in seinen Bedingungen das Kündigungsrecht für den Fall der Veräußerung nicht ausgeschlossen. Nach § 70 VVG. kann der Erwerber daher kündigen, obgleich bei Regelung der sonstigen Kündigungsgründe der Fall der Veräußerung nicht vorgesehen ist. In den sonstigen Fällen der Kündigung schreiben die Bedingungen die Beglaubigung der Unterschrift des Versicherten vor. Diese Vorschrift gilt somit auch für den Erwerber. Läßt sich der Versicherte nach Erhalt des Kündigungsschreibens auf eine Korrespondenz mit dem Kündiger ein, ohne den Formmangel zu rügen, so liegt hierin ein Verzicht auf die aus dem Formmangel herzuleitenden Rechte. Die spätere Berufung auf den Formmangel stellt sich als ein Verstoß gegen Treu und Glauben dar.

§ 73.

Crusius, ÖsterrRevue 17, 14 ff., vgl. oben S. 633 unter „Einfluß des Krieges auf das Versicherungswesen".

Zweiter Titel. Feuerversicherung.

§§ 81 ff.

Schrifttum: I. Fürstenberg, Zur Feststellung des wirtschaftlichen Vorteils in der Feuerversicherung. Hannover 1917. — Heine, Zur Regreßnahme in der Unfallversicherung, Wallmann Bd. I 441. — Schäfer, Untersuchungen über den wirtschaftlichen Wirkungsgrad der Feuerversicherung in Deutschland. Hannover 1917.

II. Hanne, Die Abreißversicherungsscheine in der Feuerversicherung, ZVersWiss. 17, 29. — Rudolf, K., Die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit der Einführung von Kuponpolicen in der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. 17, 68. — Vatke, Mögliche Unzweckmäßigkeit der Einführung von Abtrennungsversicherungsscheinen in der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. 17, 4. — Weiland, Aufbau des Feuerversicherungsscheines, MittöffFeuerversAnst. 17, 81.

III. Bues, Meidung u. Unterdrückung in der Geschichte der Feuerversicherung. (Diss.) Tübingen 1916. — Döring, Über die verhältnismäßige Berücksichtigung des durch die Verkaufspreisklausel zur Vergütung kommenden Gewinns bei Bewertung der beschädigten, geretteten, lieferungsfertigen, festverkauften Fabrikate, ZVersWes. 17, 3. — Josef, Der Versicherungsanspruch beim Brandfall zwischen Auflassung und Antragung des Erwerbes, MittöffFeuerversAnst. 17, 201. — Josef, Besondere Vorkommnisse im Versicherungsverkehr bei Verkauf unter eigentümlichem Vorbehalt, ZVersWes. 17, 117. — Reuter, Die Klausel in der Feuerversicherung, ZVersWiss. 17, 672. — Derselbe, Die Feuerversicherung von Ernteerzeugnissen in Feldbauten, ZVersWiss. 17, 102. — Schmidt, Über den Feuerversicherungswert, insbesondere über den Feuerversicherungswert von Waren. (Diss.) Frankfurt 1917. — Werneburg, Zur Leistungspflicht des Versicherers, ÖsterrRev. 17, 197.

1. Fürstenberg, Unter „wirtschaftlichem Vorteil" wird in der FeuerVers. der Vorteil verstanden, den ein Versicherter, dessen Betrieb oder Teile desselben durch Brand oder Explosion vernichtet worden sind, dadurch erreichen kann, daß er das in Form der Entschädigung freigewordene Kapital nicht zur Wiederherstellung der vernichteten Sachen, sondern in anderer und zwar vorteilhafterer Weise, als für ihn die Kapitalanlage in den vernichteten Sachen bedeutete, verwendet. Die Grundlagen und der Ausgangspunkt für die Feststellung des wirtschaftl. Vorteils werden auf Grundlage der Wiederherstellungsklausel untersucht. Bei Erwägung der Ausgangspunkte für die Feststellung des wirtschaftl. Vorteils sind in der Hauptsache zwei Arten von Fällen zu unterscheiden: solche, in denen infolge der Vernichtung der Betrieb eingestellt und zweitens solche, in denen derselbe fortgesetzt wird. Für die erstere Art wird der Satz aufgestellt: Der wirtschaftl. Vorteil entspricht dem mit 5% kapitalisierten Unterschiede zwischen dem anteiligen Ertrag des Unternehmens, der auf die unter die Wiederherstellungsklausel fallende Versicherungs- bzw. Entschädigungssumme entfällt und dem ferneren 5prozentigen Zinsertrag derselben Summe. Für die zweite Art ergibt sich der Schluß: Der wirtschaftl. Vorteil ist gleich dem mit dem Ertragssatz des Unternehmens kapitalisierten Unterschiede zwischen dem Nutzungswerte der vernichteten Sachen und dem anteiligen Ertrage des Unternehmens. Um auszuschließen, daß

der Abzug für den wirtschaftl. Vorteil so groß wird, daß der Geschädigte überhaupt keine Vergütung erhält, wird folgender Zusatz zu der üblichen Wiederherstellungsklausel vorgeschlagen: „Ergibt sich, daß die so festgestellte Quote die unter diese Klausel fallende VersSumme bzw. den auf die vernichteten Objekte entfallenden Anteil derselben absorbiert, so sind dem Geschädigten mindestens die Abbruchs- und Materialwerte abzüglich der Abbruchskosten zu vergüten."

2. Heine, Zur Regreßnahme in der Unfallversicherung, Wallmann 1917 Bd. I 441. § 67 findet bei der UnfallVers. keine Anwendung, denn die UnfallVers. ist keine SchadenVers. wie § 1 ergibt. Ferner gehört der § 67 nicht zu den allgemeinen, versicherungsrechtl. anerkannten Grundsätzen, sondern ist bloß der SchadenVers. eigentümlich.

3. Schaefer, Nach einer Einleitung, in der auf die Bedeutung der FeuerVers. im allgemeinen, insbesondere auf die Sicherung des Realkredits und die Bedeutung der Statistik hingewiesen wird, wird der wirtschaftl. Wirkungsgrad in der Feuervers. einer eingehenden Betrachtung unterzogen. Hierbei findet Verf. Gelegenheit, auf den wirtschaftl. Wert des Agentennetzes und der Kundschaft, auf die Wirkungen der Konkurrenz, auf die Verbandsbildung und deren Einfluß auf die Prämienpolitik einzugehen. In einem ferneren Abschnitt werden die statistischen Ergebnisse der öffentl. FeuerversAnstalten und der privaten FeuerversUnternehmungen kritisch beleuchtet. Schließlich wird die Bedeutung der Brände für die Volkswirtschaft, ihre Meidung und Unterdrückung, das Feuerlöschwesen einer Betrachtung unterzogen. Den Hauptbestandteil des Buches bilden statistische Angaben.

4. Hanne, ZVersWes. 17, 29. Die Beitragsfestsetzung und die Bauart schließen eine allgemeine Anwendung des Abreißscheines in der FeuerVers. aus. Sie ist bloß möglich, wenn mehrere Formen unterschieden durch die VersSumme eingeführt werden, ein Abreißschein für Hausrat nebst einem Ergänzungsposten, der jedoch auf größere Orte und Villenorte beschränkt bleiben müßte.

5. Rud. K., Die Unzweckmäßigkeit der Einführung von Kuponpolicen in der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. 17, 68. Verf. spricht sich gegen die Einführung aus, u. a. weil aus allgemeinen volkswirtschaftl. Erwägungen die FeuerVers. mehr individuell behandelt, den tatsächl. Verhältnissen des einzelnen angepaßt werden muß und nicht durch Kuponpolicen verallgemeinert werden darf.

6. Vatke, MittöffFeuerversAnst. 17, 4. Wenn auch die Einführung von AbtrennVersScheinen bei der EinbruchsdiebstahlVers. zur Erleichterung der Werbetätigkeit erfolgt ist, so ergeben sich doch bei ihrer Verwendung im Geschäftsverkehr einige Schwierigkeiten. Die Vers. kommt abweichend wie sonst durch die Unterschrift des VersNehmers auf dem Kupon zustande; infolgedessen setzt sich der Versicherer mit der Unterschriftsleistung einem Risiko aus, das er nicht in jeder Beziehung zu überblicken vermag. Es kommen daher nicht nur Irrtümer und Verstöße, sondern auch Mißbräuche vor. Die Auswahl des Risikos ist in die Hand des Vermittlers gelegt. Der Beginn der Haftung seitens des Versicherers kann zweifelhaft sein, wenn es der Agent an der notwendigen Sorgfalt fehlen läßt oder wenn der Kupon aus irgendeinem Grunde verspätet in die Hände des Versicherers gelangt. Die Einheitsdeklaration schließt Über- und UnterVers. nicht aus, auch DoppelVers. sind denkbar. Bei der Verwendung der Kuponpolice in der Feuervers. kommen zu diesen allg. noch besondere Nachteile hinzu, die vornehmlich in der ungenügenden Prüfung des subjektiven und objektiven Risikos bestehen.

7. Weiland, Aufbau des Feuer-Versicherungsscheins, MittöffFeuerversAnst. 17, 81 macht Vorschläge für die einheitliche Ausgestaltung des Scheins.

8. Döring, ZVersWes. 17, 3. Bei der Berechnung des Schadens muß der durch die Verkaufsklausel vergütete Gewinn bei der Bewertung des beschädigt Geretteten verhältnismäßig in Anrechnung gebracht werden.

9. Josef, MittöffFeuerversAnst. 17, 201. Hat der Gerichtsschreiber eine Eintragung im Grundbuch zwar schon bewirkt, ist sie aber von ihm und dem Richter noch nicht unter-

schrieben, so ist sie dennoch rechtswirksam erfolgt, dies selbst dann, wenn nach der Absicht die Eintragung noch nicht erledigt sein, die Unterschrift vielmehr nachgeholt werden sollte, also ein bloßer der Nachprüfung vorbehaltener Entwurf vorliegt. Dies folgt aus der Fassung des § 45 GBO. Daher schuldet, wenn der VersNehmer das versicherte Gebäude dem Käufer aufgelassen hat und der Gerichtsschreiber gemäß der richterl. Anordnung im Grundbuch das Eigentum des Erwerbers eingetragen hat, demnächst aber ein Brandschaden an dem Gebäude eintritt, der Versicherer die Entschädigungssumme dem Erwerber auch dann, wenn am Brandtage die Eintragung noch nicht unterschrieben war. An dem Tage, an dem der Gerichtsschreiber die Eintragung bewirkte, und hiermit der Eigentumswechsel stattfand, waren danach die durch denselben Vertrag versicherten Gebäude bis zur Vollendung der Eintragung Eigentum des Veräußerers und von diesem Augenblick ab Eigentum des Erwerbers. Fand nun an demselben Tage der Brand statt, so ist der Schaden, soweit er bis zu jenem Augenblick eingetreten war, am Eigentum des Veräußerers, und soweit er nach diesem Zeitpunkt eingetreten war, am Eigentum des Erwerbers entstanden, so daß also das eine der versicherten Gebäude als Eigentum des Veräußerers, das andere als Eigentum des Erwerbers den Schaden erlitt, und sonach der Versicherer für jenes dem Veräußerer, für dieses aber dem Erwerber schuldet, dies selbst dann, wenn der vor vollendeter Eintragung ausgebrochene Brand notwendigerweise die Beschädigung auch des anderen Gebäudes herbeiführen mußte. Folglich gilt das gleiche auch dann, wenn von einem und demselben Gebäude ein Bestandteil vor dem Eigentumswechsel, ein anderer aber nach diesem vom Brand beschädigt wird; der Versicherer schuldet also die Entschädigungssumme dem Veräußerer und dem Erwerber zu den Beträgen, die als Schaden vor dem Eigentumswechsel und nach diesem entstanden sind. Ist nicht zu ermitteln, ob zur Zeit der Beschädigung die Eintragung bereits erfolgt war, ob also in jenem Zeitpunkt das Eigentum noch dem Veräußerer oder ob es schon dem Erwerber zustand, oder sind die Fortschritte des Brandes nicht im einzelnen festzustellen, so ist die Rechtslage die, daß die Entschädigungsforderung beiden gemeinschaftlich, also jedem zur Hälfte zusteht. Allerdings war schon durch die Übergabe und Auflassung die Gefahr auf den Erwerber übergegangen, so daß im Verhältnis dieser beiden zueinander die ganze Entschädigungssumme dem Erwerber zustand. Hieraus aber kann der Versicherer einen Einwand gegen den Anspruch des Veräußerers, soweit er diesem nach Obigem zusteht, nicht herleiten, denn der Umstand, daß der VersNehmer die Entschädigungssumme einem Dritten abzuführen hat, beseitigt nicht sein Interesse an der Vers.

10. Josef, ZVersWes. 17, 117. Hat der VersNehmer die versicherte Sache unter Vorbehalt seines Eigentums verkauft und wird sie sodann durch Feuer vernichtet, so hat der Käufer dennoch den Kaufpreis zu zahlen. Ist dies geschehen, so kann der VersNehmer nicht auch die VersSumme beanspruchen; denn mit dem Verkauf unter Vorbehalt des Eigentums bezweckte er, den Wert der Sache gegen Aufgabe seines Eigentums zu erlangen; dieser Erfolg ist eingetreten; der Brand hat die Erlangung des Werts also nicht gehindert; folglich hat der VersNehmer durch den Brand keinen Schaden gehabt und es fehlt danach die Voraussetzung einer Zahlungspflicht (§ 1 VVG.). Der Fall liegt also nicht anders, als wenn dem Bestohlenen noch vor der Schadenfeststellung die gestohlene Sache wieder zurückgeschafft wird, die versrechtlichen Folgen des schädigenden Ereignisses also beseitigt werden und hiermit also dieses selbst gewissermaßen ungeschehen gemacht wird, oder als wenn dasselbe Ereignis, das den VersFall darstellt, mit dem Schaden für den VersNehmer zugleich einen Vorteil im Gefolge gehabt hat, z. B. die auf Ortsgesetz beruhende Verpflichtung der Gemeinde zur Leistung von Bauholz für den an Stelle des abgebrannten Gebäudes zu errichtenden Neubau. Solange im eben erwähnten Fall des Verkaufs unter Vorbehalt der Käufer den Kaufpreis nicht bezahlt hat, ist der Versicherer zur Zahlung der VersSumme an den Verkäufer verpflichtet. Denn ein Schaden ist diesem durch den Brand insofern entstanden, als sein Eigentum an der Sache, das er sich bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten hatte, durch den Brand untergegangen ist. Überhaupt kann der

Versicherer den VersNehmer nicht darauf verweisen, einen anderen Verpflichteten zu belangen; denn die Vers. soll dem VersNehmer den Vorteil schleuniger und ausgiebiger Entschädigung gewähren. Zahlt der Versicherer dem Verkäufer die VersSumme, so geht der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises auf den Versicherer über. Denn nach Sinn und Zweck des § 67 Abs. 1 VVG. findet der Rechtsübergang statt nicht bloß in dem vom Ges. ausdrücklich hervorgehobenen Fall, wo ein Dritter dem VersNehmer den durch den VersFall herbeigeführten Schaden zu ersetzen verpflichtet ist, sondern überhaupt in allen Fällen, wo die Leistungspflicht des Dritten im wirtschaftl. Ergebnis einer solchen Schadensersatzpflicht gleichkommt, wo also der dem VersNehmer gegen den Dritten zustehende Anspruch wirtschaftlich zur Beseitigung des durch den VersFall herbeigeführten Schadens dient. Leistet der Käufer nicht die vereinbarten Kaufpreiszahlungen für die unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sache, so kann der Verkäufer, wenn er gemäß § 455 BGB. vom Vertrag zurücktritt, nach § 281 Abs. 1 verlangen, daß der Käufer an Stelle der verbrannten Sache nunmehr gegen Rückempfang der von ihm geleisteten Zahlungen die ihm gegen seinen Versicherer zustehende Entschädigungsforderung dem Verkäufer abtrete. Hat der Käufer diese Abtretung erklärt, so geht dieser nunmehrige Anspruch des Verkäufers nach § 67 Abs. 1 VVG. auf dessen Versicherer über, so daß der Versicherer des Verkäufers wegen der von ihm an den Verkäufer geleisteten Zahlung Ersatz erhält vom Versicherer des Käufers. Die bloße Tatsache, daß beim Kauf unter Vorbehalt des Eigentums der Käufer die Gefahr trägt, beseitigt nicht den Anspruch des Verkäufers gegen den Versicherer und verleiht dem Käufer gegen den Versicherer keine Ansprüche. Aber in dem Besitzübertragungsvertrag liegt zugleich das stillschweigende Abkommen, daß, wenn die verkaufte Sache abbrennt, bevor noch der Käufer Eigentümer ist, der Verkäufer für sich und den Käufer die Brandsumme vom Versicherer erheben soll; und dieser Tatbestand stellt das versicherbare Interesse des Verkäufers dar.

11. Reuter, Die Klauseln in der Feuerversicherung, ZVersWiss. 17, 672 gibt eine Übersicht über die geschichtliche Entwicklung und die Bedeutung der Klauseln, die er in sieben Gruppen einteilt: Klauseln, die erforderlich werden durch die Eigenart des versicherten Betriebs (Brennereiklausel), die Eigenart der versicherten Sache (Handschriftenklausel), das Vorhandensein besonderer Betriebsanlagen (Brennofenklausel), die Versicherungsnahme gegen besondere Gefahr (Aufräumungsklausel), Auferlegung bestimmter Obliegenheiten gegen besondere Vergünstigung (Prüfungsklausel bei elektrischen Anlagen), Einschränkung der Ersatzpflicht (Selbstversicherungsklausel), Erweiterung der Ersatzpflicht (AußenversKlausel).

12. Reuter, Die Feuerversicherung von Ernteerzeugnissen in Feldbauten. ZVers.-Wiss. 17, 102. Unter Feldbauten werden Feldscheunen und Mieten (Schuppen) verstanden. Das große Risiko, daß die Vers. von Ernteerzeugnissen in Feldbauten in sich schließt, kann, da ein Einschluß der Vers. und die Einschränkung der Vers. nur bis zu einem gewissen Höchstwert tatsächlich nicht in Frage kommen kann, nur durch Auferlegung einer Selbstvers. in Höhe eines bestimmten Bruchteils durch einen Prämienzuschlag ausgeglichen werden.

13. Werneburg, ÖsterrRev. 17, 197ff. gibt eine Übersicht des FeuerversRechts unter starker Hervorhebung der Verpflichtungen des Versicherers.

14. **RG.** 24. 11. 16, Wallmann 17 Bd. I 604. Der Versicherte, der bei derselben Ges. gegen Immobiliar- und Mobiliarfeuerschaden durch zwei selbständige Verträge versichert ist, braucht durch Zuwiderhandlung gegen seine Verpflichtung bei der einen Vers. nicht auch des Anspruchs aus der anderen Vers. verlustig zu gehen, wenn ein einheitlicher Brandschaden vorliegt.

15. **RG.** 12. 12. 16, MittöffFeuerversAnst. 17, 11. Fahrnis- und Gebäudeversicherungen gelten i. S. des RStempG. v. 3. 7. 13 als Versicherungen „gleicher Art".

Die kleinere Sachversicherung.

1. Chomage-Versicherung.

RG. 17. 1. 17, AllgVersPresse 17, 31. Es ist allgemein üblich, daß die im Zuckerhandel tätigen Spediteure einen Zuschlag von 10% des Marktwertes als imaginären Gewinn mitversichern. Eine derartige Verpflichtung besteht auch ohne Auftrag. Wird die Mitversicherung unterlassen, so macht sich der Spediteur ersatzpflichtig.

2. Einbruchdiebstahlversicherung.

1. **RG.** 3. 7. 17. Bei der Klausel „Für den Schaden durch Einbruchdiebstahl haftet der Versicherer nicht im Falle eines Kriegszustandes . . . es sei denn, daß sowohl diese Ereignisse als die dadurch hervorgerufenen Zustände insbesondere der Zerstörung und mangelhaften Ordnung weder unmittelbar noch mittelbar, sei es die diebische Absicht, sei es die Ausführung des Einbruchdiebstahls irgendwie beeinflussen oder begünstigen könnten," haftet der Versicherer nicht für einen Schaden, welcher unmittelbar oder mittelbar irgendwie auf den Krieg zurückzuführen ist. Der Begriff des Krieges in der SachVers. deckt sich nicht mit demjenigen des Völkerrechts, begreift vielmehr auch solche gewalttätigen, kriegsähnlichen Handlungen, die von völkerrechtlich nicht anerkannten Mächten ausgehen, mit ein. Allgemein und grundsätzlich ist für eine befreiende Wirkung der Kriegsklauseln nur die Voraussetzung als berechtigt und notwendig anerkannt, daß eine ursächliche Beziehung zwischen dem Kriege und den Handlungen oder Unterlassungen, deren Beurteilung erheblich wird, gegeben sein muß.

2. KG. 5. 5. 17. Der gestohlene Schmuck befindet sich dann nicht im Gebrauch, wenn er vor dem Diebstahl bloß seine Aufbewahrungsstelle gewechselt hat.

3. Glasversicherung.

1. Karlsruhe 3. 5. 17, vgl. Ziff. 2 zu § 43.

2. Marienwerder 18. 9. 17. Hat der Versicherer nach den VersBedingungen in natura zu leisten, wenn über die Höhe der Warentschädigung eine Einigung nicht erzielt wurde, so kann derselbe sich von seiner Leistungspflicht nicht durch die Behauptung befreien, infolge des Krieges wäre die Leistung in natura nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich.

4. Kreditversicherung.

Schrifttum: Crüger, Kreditversicherung, ZVersWiss. 17, 624. — Löwinger, Die Reskompte-Kredit-Haftungsversicherung, DVersZ. 17, 119. — Luttenberger, Schutz gegen Depotunterschlagungen durch Versicherung, gibt einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung und den Stand verschiedener Veruntreuungsarten in der Praxis unter Ausführung von Prämien und Prämientarifen.

1. Crüger, ZVersWiss. 17, 624 gibt einen kritischen Überblick über die Geschichte der Kreditversicherung und kommt zu folgendem Schlußergebnis: Die KreditVers. im eigentl. Sinne des Wortes mit Auslassung der HypothekVers., der WarenKreditvers. wird dann befriedigen, wenn sie auf eine Erweiterung des Kredits herauskommt — dann aber wird auch das mit ihr verbundene Risiko ganz sicher nicht gering sein. Ein kreditbedürftiger Geschäftsmann, der in seiner Person die nötige Garantie bietet und etwa auch entsprechende Sicherheiten zu bieten vermag, wird auf die Versicherung und die damit verbundenen Unkosten verzichten können, er wird es insbesondere auch nicht nötig haben, einen tiefen Einblick in seine Geschäftsbücher und geschäftlichen Verbindungen zu gestatten.

2. Löwinger, DVersZ. 17, 119 bezweckt, jenen Firmen, die sich geschäftsmäßig oder privatim mit der Diskontierung von Wechseln befassen, für den Fall Deckung zu gewähren, daß ein Wechsel notleidend wird. Der Versicherer trägt die Schäden, die der Gläubiger dadurch erleidet, daß der Schuldner während der VersDauer tatsächlich zahlungsunfähig wird oder in Konkurs gerät. Die Haftung erstreckt sich bloß auf jene Wechsel, welche mit der gewöhnlichen Übertragung und mit dem vorbehaltlosen Giro des Schuldners versehen sind und für welche der Gläubiger den Gegenwert vor Ablauf der Wechsel und

innerhalb der VersDauer dem Schuldner ausbezahlt hat. Von dem Verluste trägt der Versicherer 80%, der Gläubiger als Selbstversicherer 20%.

3. Luttenberger, Schutz gegen Depotunterschlagungen durch Versicherung, gibt einen Überblick über die geschichtl. Entwicklung und den Stand verschiedener Veruntreuungs-Versicherungsarten in der Praxis unter Anführung von Prämien und Prämientarifen.

5. Windmühlenversicherung.

KG. 5. 5. 17. Unter gänzlichem Umsturz ist der Umsturz der ganzen Mühle zu verstehen, ein teilweiser Umsturz ist nicht möglich. Umsturz ist nicht jede Abweichung der Mühle aus dem Lot; andernfalls ist nicht erforderlich, daß die Mühle vollständig auf dem Boden liegt. Ein Umsturz liegt dann vor, wenn die Mühle nicht mehr von den Stützpunkten gehalten werden kann, welche sie zu stützen bestimmt sind. Hieran wird nichts dadurch geändert, daß ein zufälliger Umstand mitwirkt, um ihren vollständigen Fall auf die platte Erde zu verhindern.

§ 82.

1. Döring, Die Haftung des Feuerversicherers bei gleichzeitigem Auftreten eines Brandes und einer nicht in die Versicherung eingeschlossenen Explosion, MittöffFeuervers.-Anst. 17, 168. Brand und Explosion können in zweierlei Formen zusammen auftreten: eine Explosion, für welche Versicherung nicht genommen ist, verursacht einen Brand (1) oder ein Brand verursacht eine Explosion, für welche Versicherung nicht genommen ist (2). Zu 1: Da es auf die Entstehungsursache eines Brandes grundsätzlich nicht ankommt, so hat der Versicherer den durch den Brand herbeigeführten Schaden jedenfalls zu ersetzen. Der durch eine Explosion hervorgerufene Schaden (reiner Explosionsschaden) ist nicht zu ersetzen. Zu 2: Die auf der unmittelbaren Wirkung einer Explosion beruhenden Schäden sind nicht als eine unvermeidliche Folge derselben (mittelbare Sachschäden) anzusehen. Derartige Schäden sind unmittelbare Sachschäden. Da allen unmittelbaren Schäden gegenüber feststeht, daß für die Frage der Haftung des Versicherers lediglich das Schadensereignis als solches, nicht auch seine Entstehungsursache maßgebend ist, so ergibt sich schon hieraus, daß ein Schaden, der durch eine Explosion verursacht wird, für welche Vers. nicht genommen ist, nicht ersetzt werden kann, ganz gleichgültig, ob die Explosion durch einen Brand oder durch ein anderes Ereignis herbeigeführt worden ist.

2. **RG.** 27. 10. 16, MittöffFeuerversAnst. 17, 10, VA. 17*, 21. In die Vers. sind Explosionsschäden jeder Art eingeschlossen. Die Unterscheidung zwischen gewollten und nicht gewollten Explosionen ist zutreffend. Wenn auch der Zylinder bestimmungsmäßig Gaszündungen ausgesetzt ist, folgt daraus doch nicht, daß auf Zündungen, deren Heftigkeit das Maß der bei der Berechnung der Wandstärken der Maschine in Betracht gezogenen Verpuffungen von Gas erheblich übersteigt und durch welche deshalb ein Zerreißen der Wandungen herbeigeführt wird, der Begriff der Explosion nicht anzuwenden ist. Zündungen von einer Heftigkeit, wie sie die Einrichtung der Maschine nicht vorsieht, können deshalb als nicht gewollte angesehen werden, sie werden durch vom normalen Betriebe abweichende Vor- und Fehlzündungen begründet.

3. Hamm 9. 5. 17, ZVersWes. 17, 326. Von der Vers. sind ausgeschlossen Schäden an den Sachen durch ein Feuer, dem sie ihrer Bestimmung gemäß ausgesetzt werden. Gleichgültig ist die Art und Weise, in der dies im einzelnen Falle geschehen ist. Ob dabei ein Versehen vorgekommen oder falsch verfahren ist, macht keinen Unterschied. Haben z. B. Dampfkessel durch Ausbauchung, als sie bestimmungsgemäß auf dem Feuer standen, eine Beschädigung erlitten, so haftet die Ges. nicht.

§ 84.

1. VA. 17, 88. Es ist kein Unterschied zwischen Maßregeln eines inländ. und eines feindl. Befehlshabers zu machen. Das unübersehbare Kriegswagnis will in jedem Falle die Haftung des Feuerversicherers ausschließen.

2. KG. 30. 6. 17. Ist ausbedungen, daß die Ges. nicht haftet für Schäden, die im Kriege oder nach Erklärung des Kriegszustandes von einem militärischen Befehlshaber angeordnet werden, so haftet die Ges. nicht für den Schaden, welchen der Versicherte dadurch erlitten hat, daß ein feindl. Befehlshaber die Naphtagrube des Versicherten in Brand setzen ließ. Es ist insbesondere unbeachtlich, ob die Maßnahmen zur Kriegsführung oder zur Erreichung militärischer Zwecke angeordnet wurden oder aus anderen Gründen, und ob der Anordnende ein heimischer oder feindl. Befehlshaber war.

§ 86.

1. KG. 3. 3. 17. Mangels ordentlicher Buchführung haben die Sachverst. den Schaden nur unsicher und im gewissen Sinne willkürlich schätzen können. Während des Sachverst.-Verfahrens ist es infolgedessen zu einem Vergleich gekommen. Der Versicherte ist später in Konkurs geraten. Der Konkursverwalter ficht den Vergleich mit der Begründung an, daß sich neue Grundlagen zur Ermittlung des Schadens gefunden hätten. Die Anfechtung ist erfolglos, weil eine bessere und sicherere Berechnung auf Grund der neuen Tatsachen auch nicht möglich ist. Die Anfechtung mit der Behauptung, der Versicherte wäre durch Drohung zu dem Vergleich gezwungen, wird abgelehnt.

2. KG. 28. 4. 17. Bei Schätzung des durch die Abnutzung eingetretenen Minderwertes sind die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Der Sachverst. hat dieses getan; damit entfällt die Notwendigkeit, noch weitere Gutachter, insbesondere einen vom Versicherten ernannten, zu hören.

§ 92.

Dresden 4. 2. 16, MittöffFeuerversAnst. 17, 49. Es ist keine unbillige Zumutung, wenn von einem VersNehmer, der einen Brandschaden erlitten hat, verlangt wird, daß er für seine letzte Warenaufstellung Belege vorlegt, zumal wenn gewisse Verdachtsgründe gegen die Richtigkeit der Angaben bestehen. Die bewußte und gewollte Verweigerung der Vertragspflichten berechtigt zur Verweigerung der VersLeistung.

§ 94.

1. VA. 17, 122. Bevor eine Teilzahlung geleistet wird, muß die Entschädigungspflicht des Versicherers an sich feststehen.

2. **RG.** 17. 11. 16, Wallmann 17 I 553, VA. 17*, 24. Der aus der Schadens-Vers. beim Eintritt eines Schadensfalls hervorgehende Ersatzanspruch ist ein Schadensersatzanspruch. § 287 ZPO. setzt nur voraus, daß unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe. Auf den Rechtsgrund legt das Gesetz kein Gewicht. Infolgedessen kann die Entscheidung über den VersAnspruch von einem Schätzungseid des Versicherten über den Wert der verbrannten VersGegenstände abhängig gemacht werden.

3. **RG.** 26. 1. 17, JW. 17, 474. § 94 ist zur Wahrung der Interessen des VersNehmers getroffen. Wenn Zahlung nur in Höhe des Betrages der VersSumme gefordert werden kann, den auch der Versicherer als Mindestbetrag der Entschädigung anerkennt, dann hat es der Versicherer in der Hand, durch Bestreiten jedes nennenswerten Schadens eine Zahlung vor der endgültigen Schadensfestsetzung zu verhindern. Die Absicht des Gesetzes, dem VersNehmer vor diesem Zeitpunkt einen Teil der Entschädigungssumme zur Verfügung zu stellen, würde damit leicht vereitelt werden können. Rechtliche Voraussetzung ist weiterhin, daß die Entschädigungspflicht des Versicherers an sich feststeht.

§ 96.

Josef, Der Erstattungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Erwerber der versicherten Sache wegen vorausbezahlter Prämien, Wallmann 17, I 697. Hat der VersNehmer die Prämie im Voraus bezahlt und veräußert er sodann im Lauf der Vers.-Periode die versicherte Sache, so kann er nicht vom Erwerber Erstattung desjenigen Betrages der Prämie fordern, der auf die Zeit nach der Veräußerung fällt. In solchem Falle

hat vielmehr der Erwerber eine Sache erworben, für die er infolge der im Voraus gezahlten Prämie VersSchutz auf eine gewisse Zeit genießt, ohne daß er hierfür eigene Aufwendungen zu machen braucht. Diesen besonderen Vorteil hat der Erwerber durch den Erwerbsvertrag und für den einheitlich berechneten Preis (bei dessen Bestimmung der Veräußerer jenen Vorteil mit berücksichtigen konnte) miterworben. Der Erwerber hat diesen rechtlichen Vorteil also auch nicht „ohne rechtlichen Grund" (§ 812 BGB.) erworben; folglich steht dem Vers.-Nehmer ein Erstattungsanspruch auch nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung zu; eine Prämienzahlungspflicht des Erwerbers bestand niemals für die Zeit, auf die der Veräußerer die Prämie im Voraus bezahlt hatte. Nur wenn der Versicherer eine öffentliche Anstalt ist, die die Prämien als öffentliche Abgaben einzieht, hat § 446 BGB. zur Folge, daß der Erwerber die vom Veräußerer im Voraus gezahlte VersPrämie, soweit sie auf die Zeit nach der Übergabe fällt, dem Veräußerer erstatten muß. Wo dagegen nach erfolgter Veräußerung für die vor dieser bereits begonnene VersPeriode die Prämie nachträglich bezahlt ist, wo also der Veräußerer und der Erwerber für jene Prämie nach § 69 Abs. 2 als Gesamtschuldner hafteten, entsteht demjenigen von ihnen, der den Versicherer befriedigt hat, nach § 426 BGB. ein Ausgleichungsanspruch. Aus dem zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber bestehenden Vertragsverhältnis ergibt sich, daß die Höhe dieses Erstattungsanspruchs sich bemißt nach dem Verhältnis, in dem während der laufenden Vers.-Periode Besitz und Nutzungen dem einen und dem anderen zustanden.

§§ 99—107.

Schrifttum: Anonym, MittöffFeuerversAnst. 17, 241. — Hackenberger, Versicherungsrechtliche Einzelfragen, MittöffFeuerversAnst. 17, 200. — Hellweg, Die Versicherer als Beteiligte am Zwangsversteigerungsverfahren, MittöffFeuerversAnst. 17, 293. — Schneider, Deutsches Versicherungs-Hypothekenrecht. Berlin 1917. — Werneburg, Zum Rechtsverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und Hypothekar, DVers.-Presse 17, 47, 53, 61. — AnnVers. 17, 117 und 125. — Zwangsversteigerung und Hypothekenschutz, MittöffFeuerversAnst. 17, 241.

1. Anonym, Mittöfffeuerversanst. 17, 241. Bei den Rechten des HypGläubigers handelt es sich nicht um eine Fortsetzung der Rechte des Versicherten aus dem VersVertrage, sondern um ein selbständiges Recht des HypGläubigers. Die Leistungspflicht des Vers.-Nehmers ist erloschen; eine neue Leistungspflicht wird gegenüber dem HypGläubiger festgesetzt. Für diese Auffassung spricht auch der Umstand, daß gerade das Erloschensein der Verpflichtung gegenüber dem VersNehmer Voraussetzung für das Recht des Hyp.-Gläubigers ist, ferner die Tatsache, daß das Recht des HypGläubigers durch keine Maßnahme des VersNehmers beeinträchtigt werden kann, während andererseits das Recht des HypGläubigers durch eigene Handlung des Berechtigten geschädigt zu werden vermag. Auch die bisherige Rechtspr. (**RG.** 8, 169; 25, 221) vertritt diese Auffassung. Aus § 20 ZVG. ergibt sich, daß die Brandentschädigung nicht Gegenstand der ZwVerst. ist, wie solches ja auch dann der Fall nicht ist, wenn ein einzelner HypGläubiger für sein Interesse ein Gebäude versichert hat, oder wenn nach § 103 VVG. nur noch die Schadensersatzpflicht gegen den HypGläubiger besteht. Ist nun in den Fällen der §§ 100ff. die Brandentschädigung nicht Gegenstand der ZwVerst., so ergibt sich, daß der erstere keinen Anspruch an die VersGes. stellen kann, daß es also unnötig ist zu prüfen, ob der erstere Rechtsnachfolger des Eigentümers oder des HypGläubigers ist und ferner, daß der HypGläubiger sein Recht auf die Brandentschädigung nur außerhalb des ZwVerstVerfahrens geltend machen kann. Auch wenn der Versicherer eine Sicherheit in der Hyp. nicht erhält, muß er den ausgefallenen oder nur teilweise befriedigten HypGläubiger bis zur Höhe der Brandentschädigung bezahlen. Der HypGläubiger ist nicht verpflichtet, den Versicherer auf die Möglichkeit der Schädigung durch zeitige Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Versicherer hinzuweisen, damit dieser durch rechtzeitige Befriedigung des HypGläubigers die auf ihn übergegangenen HypRechte in der ZwVerst. geltend machen kann. Eine solche Anzeigepflicht ließe sich höchstens durch die allgemeinen VersBedingungen auferlegen.

2. Hackenberger, Versicherungsrechtliche Einzelfragen, MittöffFeuerversAnst. 17, 200. Für die Auslegung des Begriffs der GebäudeVers. kommt es nicht nur auf die äußere Fassung der VersUrkunde allein an, sondern auch auf den der VersUrkunde zugrunde liegenden VersAntrag. Vgl. Colmar 10. 12. 15, ElsLothZ. 16, 388.

3. Hellweg, MittöffFeuerversAnst. 17, 293. In den Satzungen und allgemeinen Bedingungen sind zweckmäßigerweise die Fälle der §§ 100ff. VVG. und der Fall der InteressenVers. schärfer auseinanderzuhalten; es ist insbesondere auch zu sagen, daß bei der InteressenVers. die Zahlung nur gegen Abtretung der noch gültigen Hyp. zu leisten sei. — Es ist anzunehmen, daß in den Fällen der §§ 100ff. VVG. und bei der Interessen-Vers. die Brandentschädigung nicht der Beschlagnahme in der ZwVerst. der dem Eigentümer gehörenden Immobilien verfällt. — Der Versicherer ist als Beteiligter nach § 9 ZwVG. Abs. 1 nicht anzusehen, da für ihn ein Recht im Grundbuche weder eingetragen noch durch Eintragung gesichert ist, obgleich er kraft Gesetzes (§ 102 VVG.) Rechtsnachfolger des eingetragenen HypGläubigers geworden sein kann. — Nach § 9 Abs. 2 ZwVG. wird der Versicherer Beteiligter, wenn er sein Recht aus § 102 VVG. (Anspruch mit dem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück) oder die abgetretene Hyp. im Falle der InteressenVers. beim VollstreckungsG. anmeldet.

4. Schneider, Deutsches Versicherungs-Hypothekenrecht. Der wesentliche Inhalt der umfangreichen Schrift ergibt sich aus folgender Übersicht: Die Aufgaben beim Vers.-HypRechte; das Schrifttum und die eigenartigen Schwierigkeiten aus dem Indienststellen der Versicherung und ihrer Überspannung für den Grundkredit und die dabei maßgeblichen, nicht überall ausgeglichenen Rechtssätze verschiedener Rechtsgebiete.

§ 101 Abs. 1 und § 100 Abs. 3. Nichtigkeit als Folge von „Anfechtbarkeit"; Verschulden des HypGläubigers selbst. Aufrechnung. Die versrechtl. Verletzungen; Anwendbarkeit bei § 12 Abs. 2 und 71 des VVG. — Besonderheit bei Prämienverzug. — Kosten. — § 100 Abs. 1 Anmeldung der Hypotheken: Inhalt ,Form, Zeit (Ablehnungspflicht des Versicherers?), Kosten.

§ 100 Abs. 2. Keine Spur von Pfandrecht vor oder nach Versicherungsfall.

§ 102. Bei gütlicher Erledigung; Grundbuchberichtigung. Befriedigung des zuerst sich meldenden HypGläubigers. Begriff der Befriedigung; Ausschaltung des § 102 in Zw.-Verw. und ZwVerst. Rückgriff des Versicherers auf den Versicherungsnehmer. § 107, insbesondere bei der Vers. f. fr. Rechnung.

Die Versicherung mit Wiederherstellungsklausel, insbesondere bei der Gebäudeversicherung.

Statt Geldentschädigung Wiederherstellung, z. T. durch den Versicherer selbst. Dessen Wahlrecht. — § 1130 BGB. und die Besonderheiten der GebäudeBrandVers.: §§ 97 und 99 VVG. — Abänderliches Recht, auch der Landesgesetze nach § 193 VVG. Verschiedene Stellung und Behandlung der öffentl. und der privaten Feuerversicherer. Streit über die „Sicherheit". Abgehen von ihr und der Wiederherstellung überhaupt: § 99. Kein „Pfandrecht" bei § 99. Beschränktes Recht des HypGläubigers gegen den Versicherer. § 98 bei freiw. Veräußerung und in Rücksicht auf den „Baugläubiger".

Wirkung des § 98 als „Sicherung", Begriff des Baugläubigers. Unabänderlichkeit und doch Abhängigkeit von § 97, Absperrung anderer Gläubiger, keine Zahlungssperre.

Bargeldentschädigung nach § 19 der Satzung der öffentlichen, § 17 der Allg. Bedingungen der privaten FeuerversAnstalten; bei Verwirkung des Versicherungsnehmers und seiner Weigerung wieder aufzubauen.

Vertragliche Änderungen, insbesondere der Hypothekensicherungsschein.

Weitere Begünstigung des HypGläubigers im VersVerkehr; Zugeständnisse im Vers.-Vertrage oder im HypVersScheine trotz Unabänderlichkeit des HypRechts selbst. Verwendung des HypSicherungsscheins, auch bei § 1129 BGB. Die Erklärungen des Vers.-Nehmers in ihm; keine dingliche Wirkung.

Die Verwirklichung des Hypothekenrechts auf die Entschädigungssumme.

Die Rechtsbehelfe des HypGläubigers.

I. Wenn der Versicherungsvertrag keine Wiederherstellungsklausel enthält: Klagerecht, Forderungspfändung, ZwVerst.; „Pfandrecht" aus § 1128 BGB. Im einzelnen. Das Klagerecht als actio utilis des VersNehmers, selbst bei Verwirkung; trotzdem bleibende Pfändbarkeit und Verfolgbarkeit in der ZwVerst. (sogar für einfache Gläubiger); Rangverhältnis der Rechte untereinander. Fälligkeit der Hyp.; ob auch nach Löschung noch Klage?

Zulässigkeit der Pfändung.

Die ZwVerst. — Gegenstand, frühere Pfändungen. Entstehungszeit der Entschädigungsforderung. Ende der Haftung. Übergang durch Zuschlag; § 56 ZwVG. — § 65 ebenda. Hinterlegung des Versicherers. Verteilung bei Verwirkung des HypGläubigers.

Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts.

II. Wenn der Versicherungsvertrag die Wiederherstellungsklausel enthält. Zwang nur durch Versteigerung; Wiederherstellung durch den Ersteher. Ausnahmen von der Klausel. — Verwirkung des VersNehmers und des HypGläubigers.

4. Werneburg, DVersPresse 17, 47, 53, 61, AnnVers. 17, 117, 125. Auch ohne Ausstellung eines HypSicherungsscheines wird dem HypGläubiger hinreichender Schutz gewährt. Unter Ablehnung der Ansicht von Jwand wird der Satz verteidigt, daß, wenn der VersNehmer die Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes verweigert, auch der Verwendungszweck der Wiederherstellungsgelder nicht mehr gesichert ist, so daß also der VersNehmer die VersSumme weder einziehen darf, noch regelmäßig auch gar nicht einziehen kann, da der Versicherer sie ihm nicht auszahlen darf. Auch an den HypGläubiger kann der Versicherer die fällige VersSumme nicht auszahlen, solange dessen hyp. gesicherte Forderung noch nicht ganz oder zum Teil fällig geworden ist. Da somit für den Versicherer Ungewißheit über den Empfangsberechtigten besteht, so kann er die VersSumme hinterlegen. Welche Maßnahmen der HypGläubiger gegen den VersNehmer ergreifen kann, richtet sich nach § 1134 BGB.; in Betracht kommen ZwVerw. oder Herstellung des abgebrannten Gebäudes durch einen Dritten. Der HypGläubiger ist jedenfalls dem Vers.-Nehmer zur Rechnungslegung verpflichtet. Ist der Verwendungszweck gemäß § 97 VVG. gesichert, so wird der Versicherer auch dann frei, wenn selbst das geleistete Geld nicht seinem Zweck gemäß verwendet wird. — Befriedigt der Versicherer auf Grund der Vorschriften der §§ 100, 101 den HypGläubiger in Höhe seiner hyp. gesicherten Forderung, so geht die Hyp. gemäß § 102 auf den Versicherer über. Ihr liegt entweder der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den VersNehmer wegen dessen vertragswidrigen Verhaltens zugrunde, oder man muß den Fortbestand der erloschenen HypForderung fingieren.

5. Zwangsversteigerung und Hypothekenschutz, MittöffFeuerversAnst. 17, 241. Der nicht bekannte Verfasser wendet sich gegen KG. 9. 11. 15, MittöffFeuerversAnst. 16, 272, nach dem auch die Rechtsansprüche der HypGläubiger aus § 100 VVG. der ZwVerst. unterliegen. § 100 enthält eine Sonderbestimmung für die HypGläubiger, die streng auszulegen ist und eine analoge Anwendung nicht zuläßt. Sie ist nur auf hyp. Rechtsverhältnisse zugeschnitten. Ist der VersAnspruch des Eigentümers oder Eigenbesitzers verloren gegangen, so fällt die Brandschadenforderung durch den Zuschlag dem Ersteher nicht zu.

Dritter Titel. Hagelversicherung.

§§ 108 ff.

Rohrbeck, Die deutsche Hagelversicherung. RuWdVers. 17, 1. Die HagelVers. ist ein nationales wirtschaftliches Gut, das sich völlig anlehnen muß an die Landwirtschaft seines engeren Wirkungskreises. Sie ist bestrebt, dem Erzeuger landw. oder gärtnerischer Früchte die Vermögensschäden zu ersetzen, die ihm aus einer Vernichtung seiner Ernte durch Hagelwetter erwachsen können. — Die wirtschaftliche Berechtigung und Notwendigkeit einer HagelVers. in Deutschland wird durch eine statistische Übersicht über die Hagelgefährdung der größeren deutschen Bundesstaaten und ihre Verteilung auf den landw. Besitzer er-

bracht. — In einer kurzen historischen Entwicklung der deutschen HagelVers. bis zur Gegenwart wird u. a. ausgeführt, daß die Verstaatlichung der HagelVers. weder vorhandenen Bedürfnissen noch Zweckmäßigkeitsrücksichten entspricht. Bei den Milliardenwerten, die alljährlich in Deutschland gegen Hagel geschützt zu werden pflegen, liefe sonst das Reich allzusehr Gefahr, aus allgemeinen Mitteln zu Zwecken der Vers. der Saaten noch Zuschüsse zur Verfügung halten zu müssen und damit sein Budget erheblichen Schwankungen auszusetzen. Diese Behauptung wird durch eingehende Statistiken erwiesen. — Die Vertragsgrundlagen (der Umfang der Hagelversicherung, der HagelVersVertrag, die Abschätzung des Hagelschadens) werden kurz erörtert. — Es folgen zahlreiche statistische Tabellen. — In einem Schlußwort kommt Verf. zu dem Ergebnis, daß das gesamte deutsche HagelVersWesen in seiner jetzigen Gestalt großer Reformen oder Umgestaltungen nicht bedarf. Die verschiedenen Prämienerhebungsarten entsprechen den verschiedenartigen Bedürfnissen der einzelnen landw. Betriebe und geben zu gesundem, friedlichem Wettbewerb genügend Raum. Nicht in einer Ausdehnung auf fremdländisches Gebiet, sondern in einer immer weiteren Anpassung des HagelVersGeschäftes an die Bedürfnisse der Landwirtschaft sind die letzten großen Ziele der deutschen HagelVers. zu erblicken.

Vierter Titel. Viehversicherung.

§ 116.

1. **RG.** 8. 2. 16; 88, 78, VA. 17*, 78. Unter ViehVers. sind alle Vers. zu verstehen, deren Gegenstand Viehstücke sind, ohne daß dabei ein Unterschied hinsichtlich der einzelnen Gefahrenarten, denen das Leben und die Gesundheit von Vieh ausgesetzt sind, zu machen wäre. Nach § 116 haftet der Versicherer uneingeschränkt für allen Schaden, der durch den Tod oder bei Krankheit des vers. Tieres entsteht, und zwar auch dann, wenn der Tod durch einen Unfall, also auch durch einen Brand oder beim Transport herbeigeführt wird. Die generelle Haftung des Versicherers kann durch die VersBedingungen eingeengt werden. Mit dem Begriff der ViehVers. i. S. des VVG. deckt sich sein Begriff i. S. des RStempG.

2. München 23. 12. 16, VA. 17*, 18. Ist nach den VersBedingungen der Versicherte verpflichtet, alle von ihm gehaltenen Pferde zur Vers. anzumelden und jeden Wechsel im Viehstande anzuzeigen, so ist die Verletzung der NachversPflicht etwas anderes als die Nichtanzeige eines gefahrerhöhenden Umstandes.

3. KG. 28. 3. 17. Die Vertragsbedingung, daß für jedes nicht angemeldete Vieh eine Vertragsstrafe zu zahlen ist, tritt nicht dadurch außer Kraft, daß der Versicherte dem Agenten mündlich von der Schlachtung Mitteilung macht, zu gleicher Zeit aber erklärt, das Vieh solle nicht mehr versichert sein.

4. KG. 7. 11. 17. Ist in einer PferdeVers. der Ausschluß zweier Pferde bedungen und eine Anzeigepflicht bei Wechsel des Bestandes vereinbart, so schadet die Unterlassung der Anzeige, daß eins der unversicherten Tiere ausgeschieden ist und an seine Stelle ein anderes eingetreten ist, nicht, wenn der Agent des Versicherers vor dem VersFall bei einer Besichtigung von dem Wechsel Kenntnis erhalten hat. Auch abgesehen hiervon schadet die Unterlassung nicht, weil durch dieselbe die Gefahr nicht verändert wurde. Empfiehlt der Tierarzt dem Versicherten vor der Nottötung erst die Rückäußerung des Versicherers abzuwarten, so bildet das Unterlassen der Nottötung kein verwirkendes Verschulden. Ist die Obliegenheit, den Schadensfall unverzüglich mitzuteilen, verletzt und bestätigt der Versicherer die zu spät empfangene Anzeige und macht bestimmte Einwendungen gegen seine Haftpflicht, so liegt in diesem Verhalten die Erklärung, daß er aus der Verspätung der Anzeige keine Einwendungen herleiten wolle.

§ 121.

1. KG. 2. 6. 17. Der Versicherte hatte von jeder Erkrankung der versicherten Pferde unverzüglich Anzeige zu erstatten und einen Arztbericht einzusenden. Die Anzeige der Erkrankung ist fristgerecht erfolgt, die Einsendung des Arztberichtes ist unterblieben, weil

sich der Tierarzt weigerte, der Ges. einen solchen zu erstatten. Hiervon hat der Versicherte unverzüglich der Ges. Mitteilung gemacht. Die Mitteilung der Ges., einen anderen Tierarzt hinzuzuziehen, ist erst nach dem Ableben des Pferdes eingetroffen. Die Unterlassung der vorgeschriebenen Einsendung des Arztberichtes ist unter diesen Umständen entschuldigt und der VersAnspruch nicht verwirkt.

2. KG. 2. 11. 17. Ist bei einer ViehVers. Bedingung, daß, wenn ein neu angemeldetes Tier innerhalb einer bestimmten Frist erkrankt, der Versicherer zur Kündigung berechtigt ist, so ist das Kündigungsrecht als ein Rücktrittsrecht des Versicherers anzusehen, welches auch für die Vergangenheit, insbesondere für den Fall wirkt, daß bei Eingang der Kündigung der VersFall durch den Tod des Tieres bereits eingetreten ist.

Fünfter Titel. Transportversicherung.

§ 140.

Schrifttum: Schneider, Freies richterliches Ermessen in Versicherungs- und Enteignungssachen, LeipzZ. 17, 840; vgl. Ziff. 2 zu § 52.

Sechster Titel. Haftpflichtversicherung.

§ 149.

Schrifttum: Freytag, Die Haftpflichtversicherung eine Schadensversicherung oder eine Rechtsschutzversicherung? Heidelberg (IngDiss.) 1917.

1. Freytag, Die Haftpflichtversicherung eine Schadensversicherung oder eine Rechtsschutzversicherung? WuR. d. Vers. 17, 90. Die geschichtl. Entwicklung der VersBedingungen beweist, daß die Übernahme der Prozeßführung (zivilen und strafrechtlichen) durch den Versicherer nichts an dem Charakter der HaftpflVers. ändern sollte, sondern daß die Übernahme nur erfolgt, um die Entschädigungsleistung in ihrer Höhe beeinflussen zu können, also die den Inhalt des HaftpflVersVertrages bildende Entschädigungsleistung in möglichst niedrigen Grenzen zu halten. Zur Zeit der Ausarbeitung des VVG. sahen Theorie und Praxis in der HaftpflVers. fast ausnahmslos eine SchadensVers. Auch der Gesetzgeber stellt sich in der Begr. zu §§ 149, 150 auf denselben Standpunkt. Insbes. spricht § 150 eher für als gegen den Charakter der HaftpflVers. als SchadensVers., zu deren Aufgabe es gehört, nicht nur die Hauptleistung, also die an den Dritten zu bewirkende Entschädigungsleistung dem VersNehmer zu ersetzen, sondern auch alle durch den VersFall ihm entstehenden Nebenleistungen, die sein Vermögen beeinträchtigen. Verf. wendet sich dann gegen die Ansicht von Georgi über die HaftpflVers. als RechtsschutzVers., der vor allem den VersFall nur in der Inanspruchnahme des VersNehmers durch den Geschädigten bzw. den Ersatzberechtigten erblicke, während identisch seien Schadenereignis, Unfall und VersFall und nicht identisch VersFall und Schadensersatzanspruch. Der Schadensersatzanspruch ist zwar auch ein VersFall, aber nicht der einzige. Auch das Eintreten eines Unfalls, der Haftpflichtansprüche nach sich ziehen kann, oder eine Strafklage im Gefolge hat, ist ein VersFall. Aus den Bedingungen des Allgemeinen Deutschen VersVereins ergibt sich, daß die Gewährung von Rechtsschutz nur fakultativ, nicht obligatorisch ist, während auf die sonstigen Leistungen des Versicherers, die Schadensleistungen sind, ein Rechtsanspruch eingeräumt ist. Ähnlich ist die Regelung der anderen HaftpflVers. betreibenden Unternehmungen. Auch vom Standpunkt des Versicherers und des VersNehmers liegt keine Veranlassung vor, die HaftpflichtVers. zu einer reinen RechtsschutzVers. zu stempeln.

2. VA. 17, 100. Eine Versicherung für den Fall, daß der Versicherte mit einem HaftpflAnspruch ausfällt, weil der zum Schadensersatz Verpflichtete mittellos ist, wobei die Vers. sich aber nicht allein auf die Verpflichtung beschränken soll, den Ausfall nach Erfolg der Austragung und Feststellung der Mittellosigkeit zu decken, sondern auch die Verpflichtung umfassen soll, den Versicherten in allen HaftpflAnspruch-Fällen von vornherein zu beraten und erforderlichenfalls die Durchführung des Rechtsstreites zu übernehmen, wird für bedenklich erklärt.

3. **RG.** 18. 12. 16, VersAgent 17, 3. Der Hauseigentümer verstößt gegen § 823 BGB. und macht sich haftpflichtig, wenn er nicht für einen gefahrlosen Zustand des Bürgersteigs vor seinem Hause bei Glatteis Sorge trägt.

4. Colmar 22. 2. 16, VersSachverständige 17, 34. Bei der HaftpflVers. ist der Versicherer verpflichtet, dem Versicherten Rechtsschutz zu gewähren.

5. KG. 20. 6. 17. Lehnt der HaftpflVersicherer seine Haftpflicht ab, so ist der Versicherte zur selbständigen Führung des HaftpflProzesses befugt. Die Ges. kann sich nicht darauf berufen, daß der Befreiungsanspruch verwirkt sei, weil der Versicherte nunmehr denselben anerkannt hat. Wenn auch der Versicherte der Ges. gegenüber nur einen Befreiungsanspruch hat, und dieser unpfändbar ist, so wird an der Hand des Geschädigten, welcher seine Ansprüche direkt gegen den Versicherer geltend gemacht hat, dieser Befreiungsanspruch zum Anspruch auf Zahlung, welcher der Pfändung unterliegen kann.

6. Stettin 5. 11. 17. Die Anzeigepflicht im Schadensfall bei einem HaftpflVertrage ist, sofern nicht etwas anderes ausbedungen wird, eine Obliegenheit des Versicherten, vorausgesetzt, daß Versicherungsnehmer und Versicherter ein und dieselbe Person sind.

§ 151.

1. ÖsterrRev. 17, 117, Der Einfluß des Todes des VersNehmers auf das VersVerhältnis in der HaftpflVersicherung. Durch die Verknüpfung des VersVerhältnisses mit einer Sache (Tier, Haus, Fuhrwerk) oder einem Inbegriff von Sachen findet eine „Verdinglichung" der HaftpflVers., eine Umwandlung der HaftpflVers. in eine Sachschaden-Vers. statt. Aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber es für nötig gehalten hat, beim Wechsel in der Person des Unternehmers, des Inhabers des geschäftlichen Betriebes, den Übergang des VersVerhältnisses auf den Erwerber festzustellen, wird gefolgert, daß im allgemeinen bei der HaftpflVers. das VersVerhältnis im Falle der Rechtsnachfolge und zwar der allg. und der besonderen erlischt (§ 151 Abs. 2). Nur in den Fällen der „Verdinglichung" besteht das VersVerhältnis auch beim Tode des VersNehmers fort; aber auch dann erlischt das Verhältnis, wenn die Sachen oder das Unternehmen usw., an welche das versicherte Interesse geknüpft ist, in Wegfall kommen oder zu bestehen aufhören oder sich wesentlich verändern.

2. KG. 3. 11. 17. Das versicherte Interesse ist mit dem Geschäftsbetriebe als solchem verbunden. Ist der Betrieb tatsächlich und wirtschaftlich auf einen Dritten übergegangen, so ist dieser Dritte der Versicherte; eines ausdrücklichen Rechtsverhältrisses zwischen dem VersNehmer und dem Dritten, auf Grund dessen der Betrieb übernommen wurde, bedarf es nicht.

§ 154.

Wann ist der Haftpflichtversicherer im Verzuge? ÖsterrRev. 17, 22. Die Frist des § 194 ist eine Frist i. S. des § 284 Abs. 2 BGB.; sie beginnt zu laufen nur durch eine infolge unmittelbaren Zahlungsersuchens des VersNehmers erlangte Kenntnis von der Befriedigung des Geschädigten. Der VersNehmer selbst muß dem Versicherer durch unmittelbare Anzeige von der Befriedigung und durch die Aufforderung zur Ersatzleistung diese Kenntnis verschaffen und zwar in einer Weise, daß der Versicherer imstande ist, die Berechtigung des Ersatzanspruchs und die Höhe desselben zu prüfen. Die bloße Kenntnis von der Zahlung des VersNehmers ist noch keine Kenntnis vom Ersatzanspruch des Vers.-Nehmers.

Dritter Abschnitt. Lebensversicherung.

§ 159 ff.

Schrifttum: Ehrenberg, Arrest zur Sicherung von Versicherungsansprüchen, LeipzZ. 17, 575. — Giemkiewiecz, Die Einwände gegen den künftigen Einschluß der Kriegsgefahr in die Lebensversicherung, ZVerWiss. 17, 335. — Hampke, Die Rechtsfolge der falschen Todeserklärungen für die Lebensversicherung, DVersPresse 17, 9. — Haußmann, Die Sozienversicherung bei der off. HGes., AssekKompaß 17 I 39. — Holt-

schmidt, Die öffentliche Lebensversicherung in Deutschland unter Würdigung ihrer Bedeutung für die Entschuldung und unter besonderer Berücksichtigung der Versicherung, Königsberg 1917 Bd. VI 87. — Josef, Lebensversicherung und Pflichtteilergänzungsanspruch, ABürgR. 42, 319. — Patzig, Die Bemessung der Abfindungswerte in der Lebensversicherung, ZVersWiss. 17, 418. — Post, Der Frauenzuschlag in der Lebensversicherung, AllgVersPresse 17, 1.

1. Ehrenberg, LeipzZ. 17, 575 begründet folgende Sätze: Für nichtfällige Ansprüche gibt es keine Sicherung durch Arrest. Ein fälliger VersAnspruch kann durch Arrest gesichert werden. Für einen LebensversAnspruch können die Bestände des Prämienreservefonds höchstens in Höhe des Anteils des betreffenden Versicherten an der Prämienreserve, dagegen das übrige Vermögen der Ges. kann für ihn unbeschränkt bis zur Höhe der VersSumme mit Arrest belegt werden. Die Beendigung eines LebensversVertrages durch Rücktritt oder Kündigung steht dem Eintritt des VersFalles gleich.

2. Giemkiewicz, ZVersWiss. 17, 335. Verteidigt wird der Grundgedanke, daß der allgemeine und unbedingte Einschluß der Kriegsgefahr zu Lasten der Gesamtheit der Versicherten geht, gegen eine Reihe von Einwänden.

3. Hampke, DVersPresse 17, 9. Die Todeserklärung begründet nur die Vermutung, daß die für tot erklärte Person an dem im Urteil festgestellten Zeitpunkt gestorben ist; die Vermutung kann durch Gegenbeweis entkräftet werden. Die Todeserkl. ersetzt die in den Allgemeinen VersBed. vorgeschriebenen Todesnachweise. Kehrt aber der Verschollene zurück, so fehlt für die Leistung des Versicherers der Rechtsgrund und der Versicherer kann sie von dem Empfänger auf Grund des § 812 BGB. zurückfordern; andererseits kann er von dem VersNehmer den Beitrag bis zum Schluß desjenigen VersJahres fordern, in dem der VersVertrag ordnungsgemäß gekündigt wird. Der Herausgabeanspruch geht aber nur auf die Bereicherung. Kann der VersNehmer die Fortsetzung des VersVertrages verlangen und muß er die von dem Versicherer an den Begünstigten gemachte Leistung gegen sich gelten lassen? Der VersVertrag besteht so lange, als er nicht gekündigt oder ordentlich erfüllt ist. Beide Ursachen liegen nicht vor, wenn der Verschollene zurückgekehrt ist; der Vertrag besteht weiter und kann von dem VersNehmer fortgesetzt werden. Die auf Grund der Todeserkl. erfolgte Leistung muß der Verschollene gegen sich gelten lassen und der Versicherer braucht nicht noch einmal zu zahlen. Der VersNehmer kann die Leistung des Versicherers bei eintretender Fälligkeit insofern fordern, als er sie noch nicht bewirkt oder das Geleistete auf Grund des Bereicherungsanspruchs zurückerlangt hat; gegen den Erben kann er mit der Erbschaftsklage vorgehen. Eine Verzinsung der Beträge kann der Versicherer von dem Verschollenen nicht verlangen.

4. Haußmann, AssekKompaß 17 I 39. Die Vers. wird von der Firma abgeschlossen; im Augenblick des Todes eines Teilhabers wird der Firma ein Kapital bereitgestellt, das dazu dient, für die verlorene persönliche Anteilschaft des verstorbenen Teilhabers ein gewisses Äquivalent zu bieten, sofern durch Bereitstellung von Geldmitteln die Möglichkeit gegeben ist, den Schwierigkeiten zu begegnen, die durch den plötzlichen Tod des Teilhabers dem Schicksale der Ges. drohen.

5. Josef, ABürgR. 42, 319. Der Abschluß eines LebensversVertrages zugunsten Dritter (zugunsten der Ehefrau, der Erben, der Hinterbliebenen, der Familie) ist im Zweifel ein echter Vertrag auf Leistung an Dritte mit der Wirkung, daß der Begünstigte unmittelbar die Forderung auf Auszahlung der VersSumme gegen den Versicherer erwirbt. Der Anspruch auf Zahlung der VersSumme fällt sonach nicht in den Nachlaß; die LebensVers. hat bei der Berechnung des Pflichtteils außer Ansatz zu bleiben; denn der Bestand und Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalles ist der Berechnung des Pflichtteiles zugrunde zu legen (§ 2311 Abs. 1). Daher ist die Forderung auf die VersSumme nicht in das Nachlaßverzeichnis aufzunehmen. Ein anderes gilt aber für den Pflichtteilergänzungsanspruch aus § 2325. Der Pflichtteilsberechtigte kann, insbesondere wenn der Erblasser zugunsten der Witwe eine LebensVers. genommen hat, verlangen, daß das der Witwe zustehende VersKapital dem Nachlaß hinzugerechnet werde. Zwar ist dieses Kapital als solches nicht

im Vermögen des Erblassers gewesen. Dies ist aber auch nicht erforderlich, es genügt vielmehr, daß der hinzuzurechnende Gegenstand an die Stelle von Werten getreten ist, die der Erblasser zwecks Betätigung der Schenkung weggegeben hat. Das trifft hier zu, da der Erblasser der begünstigten Witwe die Forderung gegen den Versicherer erworben hat für Prämien, die der Erblasser dem Versicherer zahlte. Da der Erwerb des Begünstigten regelmäßig zusammenfällt mit dem Erbfall, so ist nach § 2325 Abs. 2 dem Nachlaß die VersSumme hinzuzurechnen. In den Fällen, wo ausnahmsweise der Begünstigte die VersForderung vor dem Erbfall erwirbt, ist ihr Wert, nach den Umständen des Falls, regelmäßig auf den sog. Rückkaufswert festzusetzen und dem Nachlaß zuzurechnen.

6. Post, AllgVersPresse 17, 1. Die Frauensterblichkeit ist im Alter von etwa 20 bis 40 Jahren größer und im Alter von etwa über 50 Jahren niedriger als die der Männer. Die Übersterblichkeit der weiblichen Versicherten ist in den ersten fünf Jahren besonders groß.

7. **RG.** 26. 5. 16, LeipzZ. 17, 54. Die achtwöchige Sperrfrist, innerhalb deren nur die Prämienreserve, nicht aber die VersSumme im VersFalle zu zahlen ist, läuft von der Zahlung und Aushändigung der Police, nicht schon von dem Tage der Vordatierung der Vers. ab. Nach den in Betracht kommenden VersBedingungen besteht kein Zweifel, daß durch die Vordatierung die wesentlichste Wirkung des VersVertrages, die Gefahrübernahme, nicht herbeigeführt wird, daß diese vielmehr erst nach der Einlösung des VersScheins eintreten soll. Die Bedeutung der Vordatierung erschöpft sich in anderen hier nicht in Frage stehenden Wirkungen. Ein Inkraftsein eines VersVertrages liegt nur vor, wenn eine Gefahrübernahme stattgefunden hat.

§ 165.

Schiedsspruch. Jaeger, HansGZ. 17 Bbl. 2. Die dem Gemeinschuldner zustehenden Bezugsrechte sind beschlagsfähige Vermögensgegenstände, die der KonkVerwalter für Rechnung der Masse zu verwerten hat und zwar auch dann, wenn sie Bestandteile des Gesamtgutes der Gütergemeinschaft des VersNehmers bilden (§ 2 KO.). Auch die Widerrufsbefugnis ist ein Vermögensgegenstand, der pfändbar ist und zur Konkursmasse gezogen werden kann.

§ 166.

1. Jaeger, Sparversicherung und Gläubigerzugriff, LeipzZ. 17, 36. Bei einer auf den Erlebensfall abgeschlossenen Sparvers. zugunsten eines Dritten kann der Verwalter im Konkurse des VersNehmers den VersWert für die Masse freimachen. Die Auslegungsregel des § 166 findet keine Anwendung. Mangels besonderer Bestimmung ist nach § 328 BGB. aus den Umständen, namentlich aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen, ob den Vertragsgenossen die Befugnis vorbehalten sein soll, das Bezugsrecht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern. Spricht der Zweck einer Versorgung des Kindes anscheinend gegen die freie Widerruflichkeit seiner Bezugsberechtigung, so nötigt doch der Umstand, daß der Vater sich durch den Vertrag auf eine lange Reihe von Jahren Lasten aufgebürdet hat, zu der Annahme, daß er sich dabei eine durch den Wandel der Verhältnisse gebotene anderweitige Verfügung über den Sparwert, auch dessen Verwendung zu seinen Gunsten, hat vorbehalten wollen. Die Widerrufsbefugnis ist ein Vermögensgegenstand und somit beschlagsfähig. Die Ausübung des Widerrufsrechts eröffnet dem KonkVerwalter die Möglichkeit, den VersWert für die Masse auszubeuten, das kann im Wege der Kündigung und des Rückkaufs geschehen, aber auch durch entgeltliche Abtretung der Rechte aus der Vers. an einen Dritten. Die Interessen des Kindes werden nur durch eine sofortige, unwiderrufliche Bezugsberechtigung genügend geschützt.

2. KG. 11. 11. 16, VA. 17*, 12. Die Bezeichnung des Bezugsberechtigten kann auch durch letztwillige Verfügung in Form eines Briefes erfolgen.

3. KG. 14. 2. 17. Steht bei einer LebensVers. nicht fest, wer Empfangsberechtigter ist, so wird der Versicherer durch ordnungsgemäße Hinterlegung von der Leistungspflicht befreit.

§ 176.

RG. 19. 6. 17. Der Rückkauf wird durch einseitige Erklärung seitens des Versicherten geltend gemacht; danach endigt der Vertrag unabhängig von der Zahlung des Rückkaufwertes seitens der Ges., z. B. wenn es sich um eine engl. Ges. handelt, deren deutsche Vertretung infolge des Krieges weder den Rückkaufswert berechnen, noch auszahlen kann.

Vierter Abschnitt. Unfallversicherung.

§ 179.

1. Lininger, Die private Unfallversicherung Kriegsbeschädigter, ZVersWiss. 17, 468. Die VersGes. können sich auch des Risikos derjenigen Kriegsteilnehmer entledigen, die durch eine Kriegsbeschädigung erhebliche Gliedmaßen eingebüßt haben; denn es kommt nur darauf an, daß eine Verschlechterung des Risikos eingetreten ist; wodurch die Verschlechterung eingetreten ist, ist ohne Belang. — Die NeuVers. von Kriegsbeschädigten wird von der Beibringung eines ärztlichen Attestes, in welchem die Kriegsbeschädigung und ihre Folgen genau dargestellt werden, abhängig zu machen sein. Lininger entwirft dann für die hauptsächlich vorkommenden Kriegsbeschädigungen die Fragen an den Arzt zur Feststellung des objektiven Befundes und die erforderlichen Klauseln und zeigt durch einzelne Beispiele, wie sich die Regelung in der Praxis gestaltet hat.

2. **RG.** 28. 11. 16, Wallmann 17 I 524. Nach der in Betracht kommenden Vertragsbestimmung wird, wenn der vom VersNehmer erlittene Unfall binnen Jahresfrist seinen Tod zur Folge gehabt hat, die versicherte Summe abzüglich der etwa vorher schon für Invalidität bezogenen Entschädigungen gezahlt. Die Jahresfrist ist nun zwar keine Ausschlußfrist, vielmehr ist die Entstehung des VersAnspruchs und der entsprechenden Leistungspflicht an die Voraussetzung geknüpft, daß der Tod als Folge des Unfalls binnen Jahresfrist eintritt. Die VersGesn. haben ein berechtigtes Interesse daran, die Voraussetzungen ihrer Leistungspflicht in der fraglichen Weise zu begrenzen.

3. Hamburg 15. 2. 17. Ist in einem UnfallVersVertrage bedungen, daß der Versicherer nicht hafte für VersFälle im mobilen Dienste, so hat der Versicherer für einen Unfall einzustehen, der sich in Kriegszeiten ereignet, solange der Versicherte einem immobilen Truppenteil angehört. Wollte der Versicherer in Kriegszeiten von jeder Haftung für Unfälle im Militärdienst frei sein, so hätte er diesen Willen klar zum Ausdruck bringen müssen. Die Unterlassung der durch die Einziehung zum Heeresdienst hervorgerufenen Gefahrerhöhung schadet nicht, da unter den gegebenen Umständen, insbesondere im Hinblick auf die kurze Zeit seit Einberufung, dieselbe nicht als „grob fahrlässig“ angesehen wurde.

4. **RG.** 19. 7. 17. Der Begriff der „dauernden Invalidität“ bestimmt sich nicht nach § 1255 RVO. Dauernde Invalidität ist der Gegensatz zu der vorübergehenden. Sie liegt vor, wenn nach der Feststellung der Ärztekommission in gegebener, wenn auch längerer Zeit mit vollständiger Wiederherstellung nicht zu rechnen ist.

§ 182.

KG. 30. 6. 17. Die Unterlassung der vorgeschriebenen Anzeigepflicht befreit den Versicherer, es sei denn, daß sie nicht auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Grobe Fahrlässigkeit wird verneint, weil es sich um einen schweren Unfall handelt und dem Versicherten nicht zugemutet werden konnte, während der wenigen Tage, die er noch lebte, an die Vers. und Anzeige zu denken. Auch die Frau des Verletzten hat sich keine grobe Fahrlässigkeit zu schulden kommen lassen, denn sie war durch den Unfall „vollständig kopflos“ geworden.

§ 184.

LG. Ostrowo 28. 3. 17. Die Ärztekommission hat die Unfallrente vorläufig auf drei Jahre festgesetzt, weil sie mit der Möglichkeit einer Verschlechterung oder Besserung rechnete. Der Versicherte hat die Feststellung u. a. angefochten, weil dieselbe nicht end-

gültig wäre. Der Einspruch ist abgewiesen, weil die Feststellung an sich eine endgültige und nur die Höhe der Rente als „abänderlich" bezeichnet worden war.

Fünfter Abschnitt. Schlußvorschriften.

§ 188.

RG. 11. 2. 16; 88, 94. Unter „Kaskoversicherung" ohne weiteren Zusatz ist nur die Versicherung eines Schiffes im Gegensatze zur Versicherung der Schiffsladung zu verstehen. In diesem Sinne ist auch die von der Kasko- und Schiffsbaurisiken Vers. handelnde Tarifnummer 12 C 1 des RStempG. auszulegen.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

Schrifttum: Delius, Zulässigkeit des Rechtsweges bei Schadensersatzforderungen, JW. 17, 29. — Friedrichs, Der Entmündigungsstreit im Königlichen Hause, DJZ. 17, 988. — Markull, Verwaltung und vollziehende Gewalt nach preuß. R., VerwA. 26, 33. — Vierhaus, Justizverwaltungsrecht in der Festschrift für Klein 1914, 213.

§ 4.

1. Begriff des Justizverwaltungsrechts. 1. Vierhaus 213. Alles, was im Rahmen der gerichtl. Organisation (einschließlich der Staats- und Rechtsanwaltschaft) geschieht, damit die Vornahme des richterl. Aktes vorbereitet, ausgeführt und durchgesetzt werden kann, ist Justizverwaltung. Dabei wird allerdings der Begriff des richterl. Aktes weiter gefaßt, als im französ. Rechte. Nicht nur streitige Zivilsachen und Strafsachen, sondern auch die gesamte freiw. Gerichtsbarkeit einschließlich der dem Grundbuchrichter zugewiesenen Verrichtungen trägt nach deutsch. Rechte den Charakter einer richterl., an der Unabhängigkeit teilnehmenden Handlung. — Nach der Ausdrucksweise des Ges. gelangen wir zu einer rein äußerlichen Abgrenzung des Begriffs: Justizverwaltung ist derjenige Kreis von Tätigkeit, der gesetzl. der Landesjustizverwaltung zugewiesen ist. (Folgen Erörterungen über die Justizorgane sowie über die einzelnen Tätigkeitsgebiete der Justizverwaltung in der Form eines Grundrisses zu einer Sondervorlesung über den Gegenstand.)

2. Markull 61. Von richterl. Gewalt kann offenbar nur die Rede sein, soweit Gerichtsbarkeit in Frage kommt. Was den Gerichten außerdem noch obliegt, erledigen sie nicht kraft richterl. Gewalt. Vgl. auch § 74ff.

§ 5.

Entmündigung von Mitgliedern der königl. Familie in Preußen. Friedrichs 988. (Eine Königl. Order v. 16. 6. 17 hatte genehmigt, daß der Minister des Königl. Hauses gegen den Prinzen L. die Entmündigung beantragte, und bestimmt, daß die dem AG. zustehende Befugnis durch einen vom Vorsitzenden der Abt. für die erste Instanz zu ernennendes Mitglied des Geh. Justizrats ausgeübt, die ZPO. entsprechend angewendet, aber die Revision ausgeschlossen werde. Auf Antrag des Hausministers wurde die Entmündigung durch den ernannten KGRat ausgesprochen und nach § 687 ZPO. veröffentlicht.) Für die Zuständigkeit des Entmündigungsverfahrens kommt nach Art. III des Ges. v. 26. 4. 51 (GS. 182) in Verb. mit § 18 AGGVG. nur entweder der Geh. Justizrat oder der nach der Hausverfassung zuständige Hausminister in Frage, je nachdem man die Entmündigung als streitige oder freiw. Angelegenheit ansieht. Entscheidend ist, daß die Entmündigung eine richterl., obrigkeitl. Gewalt in sich schließt, die der Hausminister nicht besitzt. — Grundlage des Verfahrens ist nicht § 5, sondern § 3 EG. ZPO. in Verbindung mit § 4 AG. ZPO. Danach gilt die erste Instanz des Geh. Justizrats als LG.; d. h. sie hat wie ein LG. zu verfahren. Die Beschlußfassung muß durch das Kollegium erfolgen. Als Antragsteller ist nur der König als Verwandter berufen (§ 684

Abs. 3 ZPO.), Bekl. ist der Minister, der den Antrag wirklich gestellt hat. — Die Order v. 16. 6. 17 hat an diesen Vorschriften nichts geändert. Sie ist kein Hausgesetz, gibt keinen Rechtssatz für eine nicht im voraus bestimmte Anzahl von Fällen, sondern eine Vorschrift für den einzelnen Fall, ist Verfügung, nicht Verordnung.

§ 7.

Reichsritterschaftliche Familienrezesse, wonach zwischen Familienzugehörigen die Beschreitung des Prozeßwegs erst nach vorgängigem Sühneverfahren zulässig sein soll, sind durch die Reichsjustizgesetze hinfällig geworden. Karlsruhe 22. 3. 11, BadRpr. 17, 61. Hätte das Ges. zugunsten der Reichsritterschaft die Vorschrift, daß der Erhebung einer Klage ein Sühneversuch innerhalb der Familie vorausgehen muß, aufrecht erhalten wollen, so hätte es nahegelegen, im § 7 einen entsprechenden weiteren Vorbehalt zu machen. Hierzu hätte um so mehr Anlaß vorgelegen, als die ZPO. an mehreren Orten (§§ 296, 510c) des Sühneversuchs gedenkt und ihn in gewissen Ehesachen sogar ausdrücklich vorschreibt (§ 608).

§ 11.

I. Allgemeines. 1. Konflikt gegenüber einem militärgerichtl. Verfahren. PrOVG. 2. 11. 16, R. 17, 43. Einem militärgerichtl. Verfahren gegenüber ist der Konflikt weder reichsrechtl. noch landesrechtl. zugelassen. (Ein Gouvernementsgericht hatte gegen einen Gendarmeriewachtmeister ein Ermittlungsverfahren wegen Beleidigung eingeleitet.)

2. Aussetzung des Zivilrechtsstreits nach § 148 ZPO. bis zur Entsch. einer Verwaltungsbehörde — BayKompKonflGH. 25. 10. 16, R. 17, 56 — beseitigt die gerichtl. Anhängigkeit nicht und steht daher der Erhebung des Kompetenzkonflikts nicht entgegen.

II. Preuß. Recht. 1. Im allgemeinen. Delius 29 (zu preuß. KompKonflGV. 28. 11. 08, DJZ. 09, 719). § 11 EGGVG. beseitigt, abgesehen von der Zulässigkeit des Konflikts, alle landesgesetzl. Bestimmungen, durch welche die zivilrechtl. Verfolgung öffentl. Beamten wegen Amtspflichtsverletzung an besondere Voraussetzungen geknüpft ist. Schon § 839 BGB. eröffnet den Rechtsweg gegen den Beamten persönlich, nicht erst die Haftungsgesetze von 1909 und 1910.

2. Konflikt zurückgewiesen. a) Bei Haftung des Staates wegen ungerechtfertigter Ausweisung unter Verletzung des sog. Bancroftvertrages v. 22. 2. 68 (vgl. jetzt § 25 Ges. v. 22. 7. 13, RGBl. 583), PrOVG. 2. 11. 16, R. 17, 43).

b) Bei einer Klage gegen eine Gemeinde auf Unterlassung unrichtiger Auskünfte. PrOVG. 2. 11. 16, R. 17, 94. Voraussetzung des Konflikts ist, daß der Beamte (öffentl.-rechtl. Verband) wegen einer bereits vorgenommenen Handlung gerichtlich verfolgt wird.

c) Bei der Schadensersatzklage gegen den preuß. Staat, die darauf gestützt wurde, daß die Zollbeamten bei dem Ermittlungsverfahren nicht mit genügender Sorgfalt vorgegangen seien, KompGH. 10. 2. 17, R. 17, 382.

III. Bayerisches Recht. 1. Allgemeine Grundsätze. Vorentscheidung gemäß Art. 7 Abs. II bayer. VerwGVG. v. 8. 8. 78 i. d. Fassung des Art. 165 AGBGB. v. 9. 6. 99. a) Über die formelle Zulässigkeit der Vorentscheidung, BayVGH. 14. 2. 17, R. 17, 294. b) BayVGH. 19. 7. 16, R. 17, 54. Die streitige Gerichtsbarkeit i. S. des Art. 7 Abs. II schließt auch die Strafgerichtsbarkeit in sich und umfaßt nicht nur die Tätigkeit der Richterbeamten, sondern auch die der Beamten der Staatsanwaltschaft und des Polizei- und Sicherheitsdienstes, soweit sie sich auf die Mitwirkung bei Ausübung der Strafgerichtsbarkeit bezieht.

2. Einzelfälle. a) München 28. 10. 14, OLG. 34, 137. Die Vorführung eines Films zur Zensur wird vom Staate in Ausübung eines Hoheitsrechts, nämlich der Polizeigewalt, gefordert. Die Schädigung des Filmeigentümers durch den Apparat stellt eine Beschädigung in Ausübung öffentl. Gewalt dar. Daher ist die Vorentscheidung

des VGH. gegenüber einem bestimmten Beamten nötig, dessen Benennung Sache des Kl. ist.

b) Vorentscheidung gegen bezirksamtl. Beamte aus Anlaß der Verpflichtung zur Unterhaltung und Beaufsichtigung von Distriktsstraßen. α) BayVGH. v. 28. 3. 17, R. 17, 343. Die Ausübung der Wegepolizei auf den Distriktsstraßen fällt unter die Dienstesaufgaben der Distriktspolizeibehörde. Die von ihrem Vorstande in dieser Richtung aufzuwendende Amtstätigkeit ist Ausübung anvertrauter öffentl. Gewalt und in den Dienst der Allgemeinheit gestellt. Ebenso BayVGH. 18. 4. 17, R. 17, 392. β) Die Ausübung der den Distriktsverwaltungsbehörden anvertrauten Befugnis zur Ausstellung von Wandergewerbescheinen ist Ausübung der öffentl. Gewalt. BayVGB. 18. 7. 17, R. 17, 570.

c) Vorentscheidung gegen Notare. BayVGH. 11. 7. 17, R. 17, 570. Es ist zunächst zu prüfen, ob die einem Notar zum Vorwurf gemachte Handlung als eine „Amtshandlung" anzusehen ist.

d) Vorentscheidung gegen Volksschullehrer, BayVGH. 11. 7. 17, R. 17, 570. Die Handhabung des Züchtigungsrechtes stellt sich als Ausübung anvertrauter öffentl. Gewalt dar.

e) Vorentscheidung gegen Zollbeamte. BayVGH. 10. 1. 17, R. 17, 247. Die auf den Vollzug der Zollgesetze gerichtete Amtstätigkeit der Zollbeamten bezweckt die Ausübung eines staatl. Hoheitsrechtes und fällt daher in den obrigkeitl. Wirkungskreis und in den Bereich der Ausübung öffentl. Gewalt.

f) Über die Auslegung des Art. 2. BayAGZPO. (zeitl. Beschränkung des Rechtswegs bei Prozessen gegen den Fiskus bis zur Entsch. durch das vorgesetzte Ministerium) Neumüller, BayRpflZ. 17, 151.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Erster Titel. Richteramt.

Schrifttum: Oppler, Die Amtsdauer der Handelsrichter in Elsaß-Lothringen, LeipzZ. 17, 1047.

§ 6.

Die Amtsdauer der Handelsrichter in Elsaß-Lothringen. Opple 1047. § 47 des reichsl. Ges. v. 13. 2. 99 (der bestimmt, daß der Richter mit Ablauf des Monats, in dem er sein 70. Lebensjahr vollendet, kraft Gesetzes in den Ruhestand tritt), ist gegenüber § 6 GVG. rechtsunwirksam (vgl. DRZ. 09, 277; 12, 65). Die Bestimmung gilt aber nicht für Handelsrichter. Vgl. § 11 GVG.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

Schrifttum: Apfelbaum, Kriegsschädenjudikatur und Rechtsgemeinschaft, DRZ. 17, 369. — Bender, Die Bedeutung des resolutorischen Verfahrens nach §§ 707ff. II 11 ALR. für den Streit über die Notwendigkeit von Pfarrgebäuden, PrVerwBl. 38, 368. — Beyer, Einzelfragen aus dem Kriegsleistungsrecht, PosMSchr. 17, 102. — Delius, Zulässigkeit des Rechtsweges bei Schadensersatzforderungen, insbesondere Kriegsschäden, JW. 17, 29. — Gießner, Verfolgung von Fahrgeldhinterziehungen im Zivil- oder Strafrechtswege? KGBl. 17, 62. — Hartmann, Nochmals zur Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges in Gemeindesteuersachen, HansGZ. 17 Bbl. 237. — Derselbe, Ist eine Streitigkeit zwischen einem Landarmenverband und einem Lieferungsverband auf Grund des Familienunterstützungsgesetzes bürgerlich-rechtlicher Natur? PrVerwBl. 39, 123. — Heilfron, Die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden I 1 (in Preußen nach den Freiheitskriegen und die Kabinettsorder v. 4. 12. 13) 1916. — Hofacker, Der Kompetenzgerichtshof über Wassernutzungsrechte, WürttRpflZ. 17, 23. — Kaufmann, Kriegführende Staaten als Schuldner und Gläubiger feindlicher Staaten, 1915. — Lohmann, Das Recht des geschiedenen, nicht sorgeberechtigten Ehegatten zum Verkehr mit seinen Kindern und seine

Durchführung, GruchotsBeitr. 61, 22. — Lindt, Eine Lücke im Hess. Ges. btr. die Verwaltungsrechtspflege, HessRspr. 18, 27. — Neukamp, Kann der Reichsfiskus im Rechtswege auf Ersatz von Kriegsschäden belangt werden? JW. 17, 572 — Popitz, Die Feststellung von Kriegsschäden und die Gewährung von Vorentschädigungen, insbesondere nach den Ausführungsbestimmungen für Ostpreußen, PrVerwBl. 38, 605. — Reindl, Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche der berufsmäßigen Gemeindebeamten aus ihrem Dienstverhältnis, BayRpflZ. 17, 169. — Schiedermaier, Grundsätzliche Fragen aus dem Gebiete der Zulässigkeit des Rechtsweges, BayRpflZ. 17, 240 und 276. — Schneider, Der Rechtsschutz gegen den schädigenden rechtmäßigen Staatsakt nach bayerischem R., BayRpflZ. 17, 207.

Inhaltsübersicht.

§ 13.

A. Zuständigkeit im allgemeinen. 1. BayVGH. 12. 2. 17, R. 17, 342. Die Zuständigkeit der Gerichte oder der Verwaltungsbehörden zur Entsch. einer Streitsache bemißt sich zunächst nach der tatsächl. Begründung des erhobenen Anspruchs, also nach der Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses. Der Rechtstitel der auftraglosen Geschäftsführung gehört nicht nur dem bürgerl., sondern ebenso auch dem öffentl. Rechte an.

2. Bayerisches Recht. Schiedermaier 240. a) Der weittragendste Rechtsgrundsatz der Rechtspr. des bayer. Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte und des früher bestellten Kompetenzsenats ist der, daß jede Anrufung des Rechtsweges, gleichgültig, welches die rechtl. Natur des Anspruchs ist, dann ausgeschlossen ist, wenn in dem Prozesse, sei es auch nur infolge einer Einrede des Bekl., die Frage auftaucht, ob eine Verwaltungsbehörde den Gesetzen gemäß gehandelt hat. (Zuletzt 30. 3. 09, GVBl. Beil. II.) Er ist, wenn man ihn vom Rechtsstandpunkt aus prüft, nicht haltbar. Der einzige juristische Grund, auf den sich die Rechtspr. stützt, „die verfassungsmäßige Gleichstellung der Gerichte und Verwaltungsbehörden“ ist richtig, aber keine gerichtl. Entsch. greift in das Gebiet der Staatsverwaltung ein, deren Aufgabe es ist, handelnd die Aufgaben des Staates zu verwirklichen. Mit viel mehr Recht läßt sich die umgekehrte Behauptung aufstellen: Wenn die Verwaltungsbehörden bindend über die Rechte entscheiden sollen, so greifen sie in die Stellung der Gerichte ein. b) Über Zulässigkeit des Rechtsweges bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung und wegen Geschäftsführung ohne Auftrag 275. Es wird gezeigt, daß die bayerische Rechtspr. mit verschiedener Begründung die Entsch. darauf abstellt, ob eine öffentl.-rechtl. Leistungspflicht bestand. Dieser Standpunkt wird bekämpft und ausgeführt, daß Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag ihrem Wesen nach privatrechtl. Natur seien.

B. Einzelfragen. 1. Anliegerbeiträge. **RG.** 17. 1. 17, LeipzZ. 17, 987. Das RG. hat allerdings wiederholt ausgesprochen, daß für Streitigkeiten über die auf Grund des

FluchtlinienG. erfolgende Heranziehung zu Straßenanliegerbeiträgen und sonstigen Gemeindeabgaben der Rechtsweg auch dann ausgeschlossen sei, wenn der Herangezogene behaupte, von der Zahlung der Abgabe durch eine privatrechtliche Vereinbarung befreit zu sein (**RG.** 74, 282; 82, 327). Hier handelt es sich aber nicht um die Geltendmachung einer privatrechtl. Vereinbarung als eines Befreiungsgrundes, sondern als Grundes für den von der Gemeinde erhobenen Leistungsanspruch, wird also ein durch selbständigen Rechtstitel begründeter privatrechtl. Anspruch geltend gemacht.

2. Beamtenrecht. a) Allgemeine Fragen und Reichsbeamtengesetz. aa) Verzögerte Anstellung. **RG.** 7. 3. 16, JDR. 15 II 3a jetzt vollständig Gruchots Beitr. 61, 142. Für den Anspruch eines richterl. Beamten auf Ersatz des Schadens, den er durch die angeblich schuldhafte Verzögerung seiner Anstellung erlitten haben will, ist der Rechtsweg unzulässig.

bb) Kein Rechtsweg für den Anspruch auf anderweitige Festsetzung des Besoldungsdienstalters, auch nicht auf dem Umwege über eine auf das Reichsbeamtenhaftungsgesetz gestützte Klage. Kiel 10. 7. 17, SchlHolstAnz. 17, 215. Allerdings ist für vermögensrechtl. Ansprüche der Reichsbeamten aus dem Dienstverhältnisse der Rechtsweg nach § 149 RBeamtenG. eröffnet. Dieser Grundsatz ist aber durch § 11 RBesoldG. eingeschränkt. Hiernach haben nur die richterl. Beamten einen Rechtsanspruch auf die vorgeschriebene Gehaltsfestsetzung und die Gewährung von Dienstalterszulagen. (Kl. hatte seinen Anspruch in zweiter Linie darauf gestützt, daß er vor seiner Ernennung zum Werfttechniker infolge eines Versehens des zuständigen Beamten nicht die Bezeichnung Torpedohilfstechniker geführt habe. Die Haftung des Bekl. für den ihm hierdurch entstandenen Schaden gründet der Kl. allerdings auf die privatrechtl. Vorschriften des § 1 RBeamtenHaftG. und des § 839 BGB. Hierin liegt jedoch nur der Versuch, sich unter Bezugnahme auf privatrechtl. Vorschriften den Rechtsweg auf einem Gebiet zu erschließen, auf dem er versagt ist.)

cc) Unzulässigkeit des Rechtsweges für den Anspruch eines im Wege der Kündigung entlassenen Beamten auf Ruhegehalt, soweit der Anspruch auf einen Mißbrauch des Kündigungsrechtes gestützt wird. **RG.** 16. 2. 17; 89, 421, LeipzZ. 17, 1054. Die Befugnis, einem auf Kündigung angestellten Beamten, für den die Voraussetzungen des Pensionsanspruchs (Dienstunfähigkeit und Feststellung der Dienstunfähigkeit durch die Verwaltungsbehörde) noch nicht erwachsen sind, zu kündigen, ist, wie sich aus **RG.** 81, 99; 82, 259 deutlich ergibt und wie der Sen. (III) in den Urt. v. 19. 12. 11 u. 21. 2. 12 nachdrücklich betont hat, dem pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltungsbehörde frei und unbeschränkt überlassen; die Entscheidung darüber, ob Dienstunfähigkeit vorliegt, und ob und von welchem Zeitpunkt ab der Beamte wegen Dienstunfähigkeit in den Ruhestand zu versetzen bzw. aus dem Dienste zu entlassen ist, steht ausschließlich der Verwaltungsbehörde zu. Diese Sätze müssen unverrückbar bleiben und dürfen nicht dadurch ins Wanken gebracht werden, daß ein Umweg eröffnet und eingeschlagen wird dahin, bei pflichtmäßiger Sorgfalt der Verwaltungsbehörde wäre die Dienstunfähigkeit zu bejahen und die Zurruhesetzung mit Pension auszusprechen gewesen, das gegenteilige Ergebnis der Verwaltungsbehörde zeige den Mangel pflichtmäßiger Sorgfalt, und es liege darum der Tatbestand der §§ 826, 823 BGB. vor (vgl. auch **RG.** 12. 3. 09; 70, 398).

dd) Unzulässigkeit einer richterl. Nachprüfung des Pensionierungsverfahrens. **RG.** 19. 9. 16, LeipzZ. 17, 407. α. Nach § 155 RBeamtG. sind die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Reichsbeamter in den Ruhestand zu versetzen sei, für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtl. Ansprüche (§§ 149ff.) maßgebend. Schließt auch diese Vorschrift nicht jede Prüfung des Gerichtes aus, so kann die Prüfung sich jedoch nur darauf erstrecken, ob eine solche Versetzung in den Ruhestand durch die Verwaltungsbehörde verfügt worden ist, nicht auch darauf, ob bei dem ihr vorausgegangenen Verfahren jede ein-

zelne Verfahrensvorschrift beobachtet wurde. (Es wird ferner hervorgehoben, daß im Falle JW. 00, 593 eine Versetzung in den Ruhestand gar nicht verfügt worden war, vorliegend aber die Angriffe des Kl. sich darauf beschränkten, das Verfahren zu beanstanden, was unzulässig sei.)

β. Der Kl. weiß, daß er als ein in den Ruhestand versetzter Beamter einen Anspruch auf Gehalt nicht hat. Wenn er gleichwohl einen Gehaltsanspruch erhebt, so liegt darin in Wahrheit nichts anderes als das Verlangen, daß das Gericht die Versetzung in den Ruhestand selbständig nachprüfe und, wenigstens in finanzieller Beziehung, außer Kraft setze. Für einen solchen Anspruch aber ist, auch wenn er in die äußere Form eines Gehaltsanspruches gekleidet wird, der Rechtsweg i. S. der §§ 149ff. nicht gegeben (JW. 11, 720).

ee) **RG.** 19. 9. 16, JDR. 15 II 3b jetzt auch BayRpflZ. 17, 19 u. ElsLothJZ. 17, 37; die bestätigte Entsch. Colmar 15. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 33.

ff) Vorfrage nach § 150 RBeamtG. **RG.** 10. 11. 16, LeipzZ. 17, 462, Schl.-HolstAnz. 17, 51. Die Entscheidung muß in jedem Falle erkennen lassen, daß und in welcher Weise die oberste Reichsbehörde zu dem Anspruch eines bestimmten Beamten Stellung nimmt. Es muß also eine unmittelbare Beziehung zu dem der Klage zugrunde liegen Rechtsverhältnisse vorhanden sein. Daran fehlt es bei den Verfügungen des Reichsmarineamts vom Aug. u. Sept. 1914, da es sich hierbei nur um allgemeine Anweisungen an die Kieler Werftverwaltung handelte und erst durch Auslegung zu erkennen war, ob der Bekl. zu den Beamten gehörte, die in diesen Erlassen gemeint waren.

b) Insbesondere der Rechtsweg für Ansprüche der Offiziere aus ihrem Dienstverhältnis. aa) Im allgemeinen. **RG.** 9. 4. 07; 89, 250. Es kann dem BG. zugegeben werden, daß Zweifel daran möglich sind, ob unter den „Staatsbeamten" i. S. des ersten Abschn. des Ges. v. 24. 5. 61 btr. die Erweiterung des Rechtswegs auch die Offiziere und überhaupt Personen des Soldatenstandes zu verstehen sind. Nachdem aber der preuß. KompKonflGH. am 13. 8. 70 einmal anerkannt hat, daß für Ansprüche von Offizieren aus ihrem Dienstverhältnis der Rechtsweg durch jenes Gesetz deshalb eröffnet worden sei, weil auch sie zu den „Staatsbeamten" i. S. jener § 1 gehörten, und nachdem seit jener Entscheidung, also länger als dreißig Jahre hindurch, an dieser Auffassung festgehalten worden ist, — müßten zwingende Gründe vorliegen, wenn von dieser Rechtsauffassung abgegangen werden sollte. (Es wird gezeigt, daß dies nicht der Fall ist und sowohl der Sprachgebrauch des ALR., wie der späteren Gesetzgebung und ein Königlicher Erlaß v. 11. 8. 48 für die herrschende Auslegung spricht.) Es kommt aber noch hinzu, daß die Begründung zu dem Entwurfe des ersten Abschn. des Ges. v. 24. 5. 61, auf die schon in dem Urteile des KompKonflGH. verwiesen wird, ganz ebenso auf die Rechtsstellung der Offiziere, wie auf die der Beamten paßt.

bb) Insbesondere Kriegsbesoldung. **RG.** 19. 12. 16; 89, 253, JW. 17, 289, LeipzZ. 17, 324. Das seit der Entscheidung des Sen. (III) v. 9. 4. 07 (zu aa) erlassene Besoldungsgesetz v. 15. 7. 09 schafft keine neue Lage; es bestätigt vielmehr die Zulässigkeit des Rechtswegs: denn die Bestimmung in § 23 Abs. 1: „Auf die vorgeschriebene Gehaltsfestsetzung und die Gewährung von Dienstalterszulagen, sowie das Aufrücken in höhere Gehaltsstufen haben die Offiziere keinen Rechtsanspruch" — hat nur als Ausnahmebestimmung Sinn und Zweck, nämlich nur dann, wenn die Offiziere — im übrigen in betreff ihres Gehalts einen Rechtsanspruch haben, und daß mit dem Worte „Rechtsanspruch" ein von dem Zivilrichter verfolgbarer Anspruch gemeint ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen (§ 11), wurde übrigens auch in der RTKom. zu § 23 ausdrücklich ohne jeden Widerspruch ausgesprochen. — Das Recht auf Kriegsbesoldung hat genau dieselbe Bedeutung und dieselbe Kraft wie das Recht auf die Friedensbesoldung; die Kriegsbesoldungsvorschrift auf Grund der KabO. v. 29. 12. 87 ist genau ebenso eine objektive Rechtsnorm, wie das Besoldungsgesetz es ist.

cc) Offiziersgnadengehalt. München 9. 5. 17, BayRpflZ. 17, 295. Das Gnadengehalt (§ 12 KriegsbesoldV.) teilt die Natur des sonstigen Gehalts, nicht etwa der Pension.

Ob der Rechtsweg hierfür zulässig ist, entscheidet das Landesrecht. Das bayer. BeamtG. v. 16. 8. 08 findet auf Offiziere keine Anwendung. Nach den älteren bayer. Vorschriften war nur der Gehalt der sog. pragmatischen Beamten klagbar, wozu Offiziere nicht gehörten.

c) Preußisches Recht. aa) Amtssuspension. **RG.** 17. 11. 16; 89, 104, Schl.-HolstAnz. 17, 59. Die Amtssuspension im Disziplinarverfahren bedarf zu ihrer Rechtsgültigkeit keiner Zustellung. Dies gilt nicht nur von einer nach § 48 preuß. Disziplinarges. v. 21. 7. 52 „kraft des Gesetzes" von selbst eintretenden, sondern auch von einer nach § 50 a. a. O. besonders verfügten Suspension. — Der Inhalt der Suspension kann auch nicht gespalten werden durch eine Unterscheidung der öffentl.-rechtl. Seite, der Enthebung von den Dienstgeschäften, einerseits und der vermögensrechtl. Seite, der Einbehaltung der Gehaltshälfte, andererseits, so daß etwa wenigstens die Rechtsgültigkeit dieser vermögensrechtl. Seite von der Zustellung der Suspension an den Beamten abhängig bliebe.

bb) Vorentscheidung nach § 7 Kommunalbeamtenges. v. 30. 7. 99. Frankfurt 18. 1. 17, FrankfRdsch. 50, 271. Nach § 7 a. a. O. kann das ordentliche Gericht insolange nicht über die in § 7 aufgeführten Ansprüche entscheiden, als nicht die Entsch. des Bezirksausschusses eingeholt ist. Solange der Mangel besteht, ist er von Amts wegen zu berücksichtigen (**RG.** 57, 79; JW. 10, 845). (Vorliegend war zwar über die Ansprüche des Kl. auf Besoldung aus dem behaupteten Dienstverhältnisse eine Entsch. des BezAussch. eingeholt, nicht aber über die weiterhin streitigen Ansprüche der Hinterbliebenen auf Gnadenbezüge oder Witwen- und Waisengeld.)

d) Vermögensrechtliche Ansprüche der bayer. Gemeindebeamten aus ihrem Dienstverhältnis. Reindl 169. Für die vermögensrechtl. Ansprüche der berufsmäßigen GemBeamten aus ihrem Dienstverhältnisse, insbesondere für die Ansprüche auf Besoldung, Ruhegehalt und Hinterbliebenenbezüge, ist der Zivilrechtsweg ausgeschlossen, da die Gemeindeordnungen und das GemBeamtengesetz v. 15. 7. 16 keine den Zivilrechtsweg eröffnende Bestimmung enthalten. Es kommt für diese Ansprüche nur der Weg der Aufsichtsbeschwerde nach Art. 163 rechtsrh. GemO. und Art. 93 pfälz. GemO. in Betracht. — Dagegen sind nach Art. 24 Abs. III des bayer. GemBG. die Verbandsgemeinden und verbandsangehörigen Distrikte verpflichtet, die Unfallfürsorge für ihre Beamten nach Maßgabe des RUnfFürsG. durch Satzung einzuführen. Eine solche gleichartige Fürsorge ist nur dann gegeben, wenn der GemBeamte und seine Hinterbliebenen für ihre Bezüge den gleichen rechtlichen Schutz genießen, wie er den Reichsbeamten und seinen Hinterbliebenen für die ihnen auf Grund des §§ 1—7 RUnfallFürsG. zustehenden Ansprüche gegeben ist. Diese haben nach § 9 die Eigenschaft zivilrechtlich klagbarer Ansprüche.

e) Badisches Recht. Karlsruhe 11. 4. 17, BadRpr. 17, 99. Nach § 75 des Bad. Beamtengesetzes findet der Rechtsweg nur statt wegen vermögensrechtl. Ansprüche der Beamten, die sich auf das durch Verleihung einer bestimmten Dienststelle begründete, tatsächlich bestehende Dienstverhältnis gründen, dagegen nicht wegen solcher Ansprüche aus einem tatsächlich nicht bestehenden Dienstverhältnis, das nur nach Ansicht des Beamten bestehen sollte. Unstatthaft erscheinen daher alle Klagen, die sich nur auf die Behauptung stützen, daß eine bestimmte Dienststelle dem Beamten früher als geschehen hätte übertragen werden müssen.

3. Begräbnisgebühren, kirchliche. Rostock 17. 11. 16, MecklZ. 35, 222. Die Begräbnisgebühren, die auf Grund des Publikandums des Rats der Stadt Rostock vom 17. 11. 02 über die in der Stadt Rostock bei Bestand bleibenden Stolgebühren erhoben werden, sind der Kirche, den Predigern und dem Küster zu zahlen, ohne daß irgendwelche privatrechtlichen Beziehungen zwischen ihnen und den Schuldnern der Gebühren bestehen. Der Anspruch darauf steht den Kirchen nur als öffentlich-rechtlichen Anstalten, den Predigern und Küstern nur in ihrer Eigenschaft als öffentlichen Beamten zu, welche sie als kirchliche Beamte in Mecklenburg nach geltendem Staatskirchenrecht einnehmen; der

Anspruch auf die fraglichen Gebühren ist demnach ein solcher auf Leistung aus einem nur dem öffentlichen Rechte angehörenden Verhältnisse.

4. Eisenbahnrecht. Zulässigkeit des Rechtsweges in Sachsen-Meiningen für Klagen gegen den Preuß. Eisenbahnfiskus auf Einstellung des Rangierbetriebs, auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen und auf Schutzeinrichtungen. Jena 7. 2. 16, ThürBl. 64, 70. Nach Art. 16 des Meininger AGBGB. ist § 26 GewO. auf Eisenbahnen sinngemäß anwendbar. Danach kann gegen schädliche Einwirkungen nur auf Schutzeinrichtungen oder, wo diese untunlich oder mit einem gehörigen Betrieb unvereinbar sind, auf Schadensersatz geklagt werden. Mit Unrecht nimmt das LG. an, der Klageantrag halte sich im Rahmen des § 26; er geht vielmehr darüber hinaus, soweit er auf Einstellung des Rangierbetriebs und auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen gerichtet ist. Solche negatorische Ansprüche sind gegen ein landespolizeilich genehmigtes Eisenbahnunternehmen nicht nur unbegründet, sondern überhaupt nicht im Rechtsweg zu verfolgen. Das gilt nicht nur, wenn der Betrieb im Ganzen angefochten wird, sondern auch bei einen Teilangriff. (Vgl. **RG.** 7, 267; 31, 287; 58, 134; 59, 71; 73, 270 u. ö.)

5. Enteignungsrecht, braunschw. Braunschweig 13. 3. 17, BraunschwZ. 64, 51. Die im bergrechtl. Enteignungsbeschluß erfolgte Festsetzung der Entschädigung kann im ordentlichen Rechtswege angefochten worden (§ 149 BergG. v. 15. 4. 67, BraunschwZ. 49, 47; 60, 21).

6. Elternrecht. a) Lohmann 55. Der dem verkehrsberechtigten Ehegatten nach § 1636 BGB. gegen den anderen Ehegatten zustehende Anspruch ist ein auf Erfüllung der diesem obliegenden Pflicht, den Verkehr zuzulassen, gerichteter Leistungsanspruch des bürgerl. Rechtes. Als solcher ist er nach § 13 GVG. an sich im Wege der Klage vor den Prozeßgerichten verfolgbar. Mit Rücksicht auf § 1636 Satz 2 fragt sich, ob nicht für Streitigkeiten über ihn die ausschließliche Zuständigkeit des VormG. begründet ist und damit diese, da das VormG. eine Verwaltungsbehörde i. S. des § 13 GVG. darstellt, dem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten entzogen sind. — Richtig erscheint es, für die gerichtl. Durchführung der Ansprüche des verkehrsberechtigten Ehegatten gegen den anderen Ehegatten die Zuständigkeit der Prozeßgerichte überhaupt zu verneinen und die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zu bejahen, und zwar einerlei, ob nur die Ausübung und der Umfang des Verkehrsrechts oder auch die Frage seines Bestehens überhaupt streitig ist. — Die ihrem Charakter nach privatrechtl. Ansprüche gegen Dritte, den Verkehr hindernde Personen kann der Verkehrsberechtigte nur im Prozeßwege verfolgen.

b) Insbesondere die Zulässigkeit des Rechtswegs bei einem Streite österreichischer Eltern um das gemeinschaftliche Kind. Dresden 19. 4. 16, vgl. oben zu Art. 19 EGBGB. Hierzu Opet, JW. 17, 374. Ob der Herausgabeanspruch, wie reichsrechtlich mittels Klage, oder, wie nach österr. R., durch Beschwerde zu verfolgen, bildet eine Frage nicht des Rechtsinhalts, sondern der Rechtstechnik, die der alte Satz: locus regit actum erledigt.

7. Fahrgeldhinterziehungen. Gießner 62. In § 16 der Verkehrsordnung und den sie ergänzenden Tarifen ist nur ein erhöhter Fahrpreis, also ein höherer Lohn für die Dienste der Eisenbahn oder eine Konventionalstrafe zu finden. Daher ist der Anspruch der Bahnverwaltung auf Verfolgung und Verwirklichung ihres Rechtes ein nur privatrechtlicher, für dessen Geltendmachung, da eine besondere Vorschrift, die den Zivilrechtsweg ausschlösse, nicht gegeben ist, dieser zuzulassen ist. Die Auffassung jener Gerichte, die wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs dem Erlaß von Zahlungsbefehlen wegen dieser Bahngebühren abgelehnt oder Zivilklagen abgewiesen haben, ist nicht begründet.

8. Fundrecht. Hamburg 4. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 285. Der dem Finder nach § 976 BGB. zustehende Herausgabeanspruch ist rein zivilrechtl. Natur und für seine Durchführung steht nach hamb. Verhältnisgesetz § 24 Abs. 1 u. 2 der Rechtsweg offen.

9. Klage eines Chemikers auf Nachzahlung abgesetzter Gebühren nach dem preuß. Ges. v. 14. 7. 09. Hamm 4. 12. 16, OLG. 35, 232. Die Bestimmung der §§ 8, 9, 13 Ges. v. 14. 7. 09, daß der zu einer medizinalpolizeilichen Feststellung zugezogene Chemiker Gebühren nach dem Tarif erhalte und daß bei Bedenken gegen die Angemessenheit des geforderten Betrages der RegPräs. endgültig entscheide, hat nach Wortlaut und Sinn nur die Bedeutung, daß in den zugehörigen Fällen das Maß der Vergütung durch den RegPräs. festgelegt wird. Daß aber der Rechtsweg ausgeschlossen und der Chemiker verhindert sein soll, sich einen vollstreckbaren Titel gegen den Fiskus oder einen anderen Auftraggeber zu verschaffen, spricht das Gesetz nicht aus.

10. Gemeindeverfassung. Hamburg 6. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 305. Zulässigkeit des Rechtsweges für die Anfechtung von Beschlüssen der Gemeindeausschüsse bremischer Landgemeinden bejaht auf Grund § 15 der bremischen Verfassung.

11. Heeresdienst. AG. Coblenz 7. 12. 16, JW. 17, 822. Der Kl. hatte gegen den Reichsmilitärfiskus auf Schadensersatz mit der Begr. geklagt, er sei in das Heer eingestellt worden, obgleich er das Alter für die Wehrpflicht bereits überschritten hatte. Die Zulässigkeit des Rechtsweges wurde verneint. Die Heranziehung zum Kriegsdienst oder zur Leistung für den Kriegsdienst beruht neben der Wehrordnung auf einem Hoheitsrecht des Königs als obersten Kriegsherren. Nach der Allerhöchsten KabO. v. 4. 12. 13. (GS. 255) ist die Auffassung, daß zwar ein privatrechtl. Widerspruch wider den Akt des Hoheitsrechts selbst nicht stattfinde, aber ein Anspruch aus den Folgen und Wirkungen dieses wider das Staatsvermögen behufs Entschädigung zulässig sei, als irrtümlich verworfen worden.

12. Kanalerweiterungsgesetz v. 1. 4. 05. Kiel 19. 4. 17, SchlHolstAnz. 17, 180. § 13 Abs. III KG. lautet: „Gegen den Beschluß steht, soweit es sich um die Höhe der Entschädigung handelt, binnen 9 Tagen der Rechtsweg . . . zu." Der Wortlaut dieser Bestimmung könnte zu der Auffassung führen, daß das Gesetz ähnlich wie die ZPO., eine genaue Unterscheidung zwischen Grund und Betrag des Entschädigungsanspruchs treffe und lediglich die Verhandlung und Entscheidung über den Betrag einer Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte unterwerfe. Allein die Fassung des Gesetzes, dessen einschlägige Vorschriften erst in der AbgHKom. entstanden sind, ist nicht so scharf, daß sie eine derartige, von prozessualen Rechtsbegriffen und deren Ausdrucksform ausgehende Auslegung notwendig machte. (Wird weiter ausgeführt.)

13. Kirchenlasten. KompGH. 17. 6. 16, SchlHolstAnz. 17, 117. Nach § 15 des Ges. v. 24. 5. 61 über die Erweiterung des Rechtsweges, das durch die VO. v. 16. 9. 67 auch in Schleswig-Holstein eingeführt ist, ist das rechtliche Gehör in Beziehung auf die in Nr. 1 der Order v. 19. 6. 36 aufgeführten Abgaben und Leistungen, welche für Kirche auf Grund einer notorischen Orts- oder Bezirksverfassung erhoben werden, unbedingt gestattet. (Diese Voraussetzung vorliegend bejaht.) Hinsichtlich derjenigen kirchlichen Abgaben, welche auf einer allgemeinen gesetzlichen Verbindlichkeit oder auf einer von der aufsichtführenden Regierung in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung angeordneten oder exekutorisch erklärten Umlage beruhen, findet der Rechtsweg aber nur insoweit statt, als es bei den öffentl. Abgaben der Fall ist, also abgesehen von dem Falle der Überbürdung nur aus besonderen Gründen: Privilegium, Vertrag oder Verjährung.

14. Krankenversicherung. a) Zur Auslegung des § 1636 RVO. *α*. Streit über Leistungen aus der Krankenversicherung. RVA. 14. 8. 16, AN. 1916, 751, JW. 17, 175. Über Schadensersatzansprüche gegen Träger der KrankenVers., die sich auf Vorschriften des BGB. gründen, ist vor den ordentlichen Gerichten zu entscheiden. (Vgl. §§ 1551, 179ff. einerseits, §§ 197, 222, 224, 1515, 1516, 1520, 1521, 1526, 1773 RVO. andererseits.) — *β*. KG. 20. 1. 17, R. 17, 339. Der § 1636 RVO. erklärt die Verwaltungsbehörden für zuständig „bei Streit über Leistungen aus der KrankenVers.", ein solcher Streit kann aber nur zwischen der Kasse und einem entsprechend den Vorschriften der RVO. bei ihr Versicherten entstehen. (Daher im gegebenen Falle für zulässig erachtet der Rechtsweg für

die Rückforderung von Leistungen seitens einer Landkrankenkasse gegenüber einem nicht versicherungsberechtigten Gemeindebeamten.)

b) Hamburg 15. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 65. Die Vorschriften des Buches VI Abschn. 2 der RVO. gelten für das Rechtsverhältnis zwischen Ersatzkassen und ihren Mitgliedern nicht.

c) Erstattungsansprüche der Krankenhäuser gegen Krankenkassen auf Grund Vertrages oder Geschäftsführung ohne Auftrag. Kiel 30. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 134. Der Rechtsweg ist gegeben, wenn es sich (wie nach den vorliegenden Klagebehauptungen) darum handelt, daß nur der Tatbestand des privatrechtlichen Anspruchs aus der Geschäftsführung, nicht der Tatbestand des armenrechtlichen Einschreitens gemäß § 28 des UWohnsitzes v. 30. 5. 08 gegeben sein soll, daß also diese letzteren öffentl.-rechtl. Verhältnisse und die hieraus entspringenden Ansprüche der richterl. Aburteilung überhaupt nicht unterbreitet werden. (Würde ein Anspruch der letzteren Art erhoben werden, so wären nach §§ 1540, 1531—1533 RVO. die Versicherungsbehörden zur Entscheidung berufen.)

15. Kriegselterngeld. München 9. 5. 17, BayRpflZ. 17, 295. Auf das Kriegselterngeld besteht überhaupt kein klagbarer Rechtsanspruch; dies ist durch das Wort „kann" im § 22 MilHinterblG. klargelegt.

16. Kriegsleistungen und Kriegsschäden. I. Kriegsleistungen. a) (§ 7 KLG.) Colmar 19. 6. 17, ElsLothJZ. 17, 238. Die Frage, ob der Rechtsweg für Ansprüche aus § 7 zulässig ist, hängt davon ab, wie in jedem einzelnen Bundesstaate die Beziehungen zwischen Justiz- und Verwaltungsrechtspflege geregelt sind. Für Elsaß-Lothringen gelten im wesentlichen noch die französ. rechtl. Regeln zur Zeit der Abtrennung von Frankreich. Hiernach ist den Gemeinden gegenüber die Zulässigkeit des Rechtsweges die Regel.

b) § 33 KLG. **RG.** 21. 5. 17; 90, 257, JW. 17, 769. Indem § 33 KLG. die Feststellung „der zu gewährenden Vergütung" den vom Bundesrat zu bestimmenden Behörden zuweist, weist es ihnen auch die Entscheidung darüber zu, ob dafür eine Vergütung zu gewähren und auf wie hoch sie zu bemessen ist. Mag daher auch die Verfolgung des Anspruchs auf Zahlung der von jenen Behörden festgestellten Vergütung im Rechtswege zulässig sein, so ist doch die Feststellung dieser Vergütung selbst im Rechtswege ausgeschlossen, vielmehr ausschließlich jenen Behörden vorbehalten. Vgl. JDR. 15, 21 Bd.

c) Vgl. über den Begriff der Kriegsleistung i. S. des § 3 Ziff. 6 KLG. Königsberg 20. 9. 17, JW. 17, 937; über den Begriff der „Anforderung" i. S. des § 23 KLG. Hamburg 13. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 269.

II. Kriegsschäden. 1. Im allgemeinen. a) Heilfron 272, 280. Für die Haftung des preuß. Staates ist noch immer die KabO. v. 4. 12. 31 die entscheidende Rechtsquelle. Das bedeutet: der Rechtsweg wegen Kriegsschäden ist in ganz Preußen unzulässig. Der Prozeß eines Kriegsgeschädigten gegen den Staat auf Ersatz von Kriegsschäden ist keine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" i. S. des § 13 GVG. (Über die Rechtsnatur der KabO. vgl. 237—250, über die Wirkungen 251—271.)

b) Kaufmann 53 unterscheidet 4 Gruppen von Kriegsbeschädigungen durch Hoheitsakte i. S. der KabO.: die von diesseitigen Staatsorganen 1. den diesseitigen Staatsangehörigen zu Kriegszwecken oder aus Kriegsgründen auferlegten Lasten und Leistungen, 2. den diesseitigen Staatsangehörigen oder ihren Sachen zu Kriegszwecken oder aus Kriegsgründen mit Waffengewalt oder sonst mit physischer Gewalt zugefügten Beschädigungen, 3. aus Kriegsgründen mittels staatshoheitlicher Gewalt bewirkte tatsächliche Entziehung des Besitzes (oder der Verfügungsmöglichkeit) von Sachen der Staatsangehörigen oder die gleicherweise erfolgte tatsächliche (überdies mit Eigentumsveränderungen sich verknüpfende) Entziehung von Vermögensbestandteilen der Staatsangehörigen, 4. Rechtliche Veränderungen im Anschluß an die tatsächliche Inbesitznahme zu 3 (z. B. Veräußerung). In allen diesen Fällen ist der Rechtsweg nach der KabO. ausgeschlossen. Vgl. zu § 35 KLG., S. 57, 59.

c) Delius 29. Über die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, der durch Verschulden einer inländischen Militärperson im deutschen Reich verursacht worden ist. Auch im Kriege ist das Privateigentum von Inländern wie Ausländern keineswegs vogelfrei; der die Unverletzlichkeit des Eigentums aussprechende Art. 9 der Preuß. Verf. kann auch im Kriegszustande nicht aufgehoben werden, denn das BelagZustandsG. v. 4. 6. 51 zählt ihn in §§ 5ff. nicht auf.

d) Ist die Landesgesetzgebung befugt, dem Reiche die Verpflichtung aufzuerlegen, für Kriegsschäden Ersatz zu leisten?[1]) Neukamp 573 verneint die Frage auf Grund des § 35 KLG. Indem § 35 KLG. ganz klar und unzweideutig vorschreibt, daß der Umfang und die Höhe der etwa zu gewährenden Entschädigung für Kriegsschaden und das Verfahren bei Feststellung derselben „durch jedesmaliges Spezialgesetz des Reiches bestimmt wird", hat die Reichsgesetzgebung in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise sich selbst vorbehalten, durch ein besonderes Reichsgesetz zu bestimmen, ob, in welcher Höhe und in welchem Verfahren für die aus einem künftig eintretenden Kriege entstehenden Kriegsschäden den davon betroffenen Personen eine Entschädigung gewährt werden soll. — Wie es aber den einzelnen Bundesstaaten damit versagt ist, für die Zukunft die Frage der Vergütung von Kriegsschäden selbständig zu regeln, so sind auch alle für die Vergangenheit in dieser Hinsicht erlassenen landesrechtlichen Vorschriften gegenstandslos geworden: ob z. B. in Preußen auf Grund des § 75 EinlALR. eine Vergütung für Kriegsschäden hätte verlangt werden können oder nicht, ob die KO. v. 4. 12. 1831 den Rechtsweg für derartige Ansprüche versagte oder nicht, ist seit Erlaß des § 35 KLG. völlig gleichgültig. (Es wird weiter ausgeführt, daß die Frage auch abgesehen von § 35 a. a. O. zu verneinen sei, weil es sich um ein Gebiet der Reichshoheit handle, in das die Landesgesetzgebung nicht eingreifen könne.) Dagegen Heilfron, JW. 17, 909 Anm. 4.

e) Hessisches Recht. Lindt, HessRspr. 18, 27. (Eine Lücke im Hess. Ges. betr. die Verwaltungsrechtspflege v. 8. 7. 11) weist nach, daß in Hessen die rechtliche Verfolgbarkeit der aus dem RG. v. 13. 6. 73 erwachsenen Ansprüche sowohl im Zivil- wie im Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen ist.

f) Über Kriegsschädenfeststellung, DJZ. 17, 113, 407, 497, 666, 809, 1012 und Popitz 605.

2. Aus der Rechtsprechung. Begriff des Kriegsschadens. Zulässigkeit des Rechtsweges für Entschädigungsansprüche wegen Kriegsschäden in Preußen. a) **RG.** 15. 2. 17; 89, 221, JW. 17, 601, SeuffA. 72, 208. (Das Reichsmarineamt hatte einen Dampfer zur Verwendung als Hilfs- und Kohlenschiff für deutsche Kreuzer erfordert und nach der Behauptung des Kl., ohne daß die Ladung zuvor gelöscht werden durfte, in Dienst gestellt, demnächst wurde er von einem englischen Kriegsschiff aufgebracht. Der Rechtsweg für den Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen des Verlustes der Ladung wurde verneint.) Da die Ladung von der Marineverwaltung zu Kriegszwecken weder verlangt noch ihr dazu ausgeliefert worden, so war ihre Überlassung keine Kriegsleistung, der Verlust vielmehr für den Eigentümer Kriegsschaden. Hierzu gehört nicht bloß die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache, sondern jeder durch Kriegshandlungen unmittelbar oder mittelbar herbeigeführte Vermögensschaden, soweit die Opferung an Vermögenswert sich nicht als Kriegsleistung darstellt. — Nach § 36 KLG. wird für alle durch den Krieg verursachten Beschädigungen an beweglichem und unbeweglichem Eigentum der Umfang und die Höhe der etwa zu gewährenden Entschädigung und das Verfahren bei ihrer Feststellung durch jedesmaliges Spezialgesetz festgestellt. Ein solches Gesetz ist für die Kriegsschäden des gegenwärtigen Krieges noch nicht ergangen. Das RGes. v. 3. 7. 16[1]) (RGBl. 675) betrifft die Feststellung der im Reichsgebiet verursachten Kriegsschäden und scheidet die Schäden der Seeversicherung aus (§§ 1, 20). — Die rechtliche Natur der Entschädigungs-

[1]) Nach § 15 des RG. 3. 7. 16 (RGBl. 675) wird durch die Feststellung der Beschädigung ein Rechtsanspruch nicht begründet.

ansprüche wegen Kriegsschadens, sofern sie überhaupt bestehen, spricht dagegen, daß, solange das Gesetz nichts anderes bestimmt, der Rechtsweg zu ihrer Durchführung zugelassen sei. (Wird ausgeführt.)

b) Kiel 10. 7. 17, JW. 17, 909, LeipzZ. 17, 1196, SchlHolstAnz. 17, 242. (Der Kl. war durch Verfügung eines der Marine angehörigen Militärbefehlhabers das Eigentum an einer Weizenladung entzogen worden. Sie verlangte vom Reichsfiskus Ersatz einer höheren als der gewährten Entschädigung. OLG. verneinte die Zulässigkeit des Rechtsweges und führte zunächst aus, daß es sich nicht um eine Kriegsleistung i. S. der §§ 1ff. KLG. handle, wohl aber um einen Kriegsschaden i. S. des § 35 a. a. O.) Wenn das Ges. hierunter alle durch den Krieg verursachten Beschädigungen an bewegl. und unbewegl. Eigentum begreift, welche nach den KLG. nicht entschädigt werden, so gehören hierzu alle Vermögenseinbußen an bewegl. oder unbewegl. Eigentum, die mit dem Kriege in einem gewissen näheren Zusammenhange stehen (WarnE. 16, 195). — Indem der Reichsgesetzgeber in § 35 die materielle und formelle Erledigung dieser Schadensersatzansprüche seiner eigenen gesetzl. Regelung ausdrücklich vorbehält, bestimmt er zugleich schon jetzt maßgeblich, daß nur das künftige Reichsgesetz berufen ist, diese Fragen zu regeln. — Es wird ferner ausgeführt, daß auch das Reichsbeamtenhaftgesetz v. 22. 5. 10 unanwendbar sei und die Vorschrift des § 35 a. a. O. dadurch nicht berührt werde). Vgl. hierzu Heilfron, JW. 17, 909 Anm. 4.

17. Kriegsunterstützungen, insbesondere nach Hamburgischem Recht. Hamburg 9. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 293, HansRZ. 1, 148. Auch abgesehen von der besonderen Vorschrift des §6 Ges. v. 26. 2. 88 ist für den Anspruch auf Vergütung nach dem Hamb. Ges. v. 7. 8. 14 u. 25. 2. 15 wegen seiner öffentl.-rechtl. Natur der Rechtsweg ausgeschlossen.

18. Militärische Beschlagnahme im feindlichen Auslande. **RG.** 1. 3. 17; 89, 207, JW. 17, 606. Im vorliegenden Falle ist das Öl im feindl. Lande von den deutschen Militärbehörden in Besitz genommen, wobei man es anscheinend anfänglich als feindl. Eigentum und zwar als Kriegsbeute ansah. Es lag mithin ein Akt der Militärhoheit vor, dem sich der Inhaber der Kl. zu fügen hatte, während von einer privatrechtl. Verpflichtung der Kl. zur Ablieferung nicht die Rede ist. — Eine aus dem Rahmen des Hoheitsrechts heraustretende Maßnahme (**RG.** 70, 398) ist nicht ersichtlich. — Der Klageanspruch ist somit nach seiner materiellrechtl. Natur nicht geeignet, Gegenstand eines bürgerl. Rechtsstreits zu sein. — Die VO. v. 25. 4. 15, btr. das Verfahren vor der Reichsentschädigungskommission, gewährt den Rechtsweg nicht. — Die BRVO. über die Sicherstellung von Kriegsbedarf v. 24. 6. 15 sieht in § 2 ein Schiedsgericht vor, das den Übernahmepreis der gemäß § 9 übereigneten Gegenstände endgültig festzusetzen hat, gewährt mithin nicht den Rechtsweg, sondern schließt ihn für ihr Anwendungsgebiet aus.

19. Militärhoheit. **RG.** 9. 7. 17, GruchotsBeitr. 61, 945, WarnE. 17, 338. Ein Grundsatz, wonach die Staatsgewalt über eine zur Ausübung von Hoheitsrechten vorgenommene Handlung und deren Folgen nicht vor den ordentl. Gerichten zur Verantwortung soll gezogen werden, nicht gerichtl. Zwangsgewalt unterworfen sein soll, kann nicht wohl dahin gedeutet und angewandt werden, daß jede Schädigung, die in irgendwelchen, auch nur äußeren Zusammenhang mit der Hoheitshandlung zu bringen ist, gleichfalls der gerichtl. Verantwortung entzogen wird. Es kann nicht als ausgeschlossen gelten, für eine Schadenszufügung, die im weiteren Verfolg einer Hoheitshandlung entflossen ist, nicht mehr diese als die rechtlich bedeutsame Ursache anzusehen, sondern insoweit einen nur noch äußerlichen Zusammenhang anzunehmen, der die Ausschließung des Rechtsweges in Ansehung der Schadensfolgen nicht mehr rechtfertigt. Wo die Grenzen eines genügenden ursächl. Zusammenhangs zu ziehen sind, wird nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sein. (Im gegebenen Falle der Zusammenhang verneint bei einem Unfall, den der ruhig auf dem Bürgersteig stehende Kl. dadurch erlitt, daß ein Kraftwagen, der einen

verletzten Armierungsarbeiter nach dem Lazarett befördern wollte, ein Fahrrad anfuhr und dieses den Kl. erfaßte. Vgl. JDR. 15, 21 Aa.)

20. Landarmenverband. Erstattungsansprüche auf Grund d. G. v. 28. 2. 88/4. 8. 14 i. V. mit BRVO. v. 21. 1. 16, PrOVG. 15. 3. 17, PrVerwBl. 38, 505, R. 17, 338. Der fordernde Verband hatte ohne Auftrag des Lieferungsverbandes Anstaltspflege geübt und beanspruchte Erstattung der hierdurch erwachsenen Kosten von dem Lieferungsverbande mit der Begründung, daß dieser seit Eintritt der Kriegsfürsorge nach Maßgabe des Gesetzes v. 28. 2. 88/4. 8. 14 i. V. mit BRVO. v. 21. 1. 16 verpflichtet sei, für die Unterbringung zu sorgen bzw. deren Kosten zu tragen. Dieser auf einen Vermögensausgleich gerichtete Anspruch ist bürgerl.-rechtl. Natur, gleichviel ob er unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 679, 683 BGB., § 92 UWG.) oder unter dem Gesichtspunkte der Schadloshaltung für die Benutzung der von dem fordernden Verband auf Grund eigener gesetzl. Pflicht vorzuhaltenden Anstalt gewürdigt wird (OVG. 70, 63), und daran wird dadurch nichts gändert, daß der Anspruch auf dem Boden öffentl. Rechts erwachsen ist. Dagegen Hartmann, PrVerwBl. 39, 123. Die Ansprüche öffentl. Verbände gegeneinander, die in dem Zusammenarbeiten der öffentl. Verwaltung begründet und auf Ausgleichung von Verwaltungslasten gerichtet sind, sind nicht privatrechtl., sondern öffentl.-rechtl. Natur und gehören deshalb zur Zuständigkeit der ordentl. Gerichte nur dann, wenn sie ihnen auf Grund des § 4 EGGVG. zugewiesen worden sind.

21. Zuwendung an eine neugebildete Landgemeinde. **RG.** 17. 4. 17, LeipzZ. 17, 1083. (Die bekl. Waldvillenkolonie, der das für den neuen Gemeindebezirk bestimmte Gelände gehörte, wurde von der neugebildeten Gemeinde aus einer Zuwendung in Anspruch genommen, zu der sie sich verpflichtet haben sollte, um die Leistungsfähigkeit der neuen Gemeinde sicherzustellen. Der Rechtsweg wurde zugelassen). Daß dadurch die Bildung der neuen Gemeinde ermöglicht werden sollte, machte die übernommene Leistung nicht zu einer öffentlich-rechtlichen.

22. Lehrerbesoldung. a) **RG.** 2. 3. 17, R. 17, 242. Die als technische Lehrerin an der städt. höheren Mädchenschule tätige Kl. forderte die Funktionszulage als techn. Hauptlehrerin an Volksschulen, sowie Feststellungen über die Anstalten und Fächer, in denen allein sie verpflichtet sei, und über die Verpflichtung der beklagten Stadtgemeinde zur Aushändigung der vom Provinzialschulkollegium ausgefertigten Bestallungsurkunde ohne die in ihrer Anstellungsurkunde v. 30. 5. 10 enthaltenen Sonderbestimmungen, ferner über die Verpflichtung der Bekl. zur Gewährung eines Einkommens, wie es sich aus ihrer vorherigen Anstellung als Seminarlehrerin am techn. Lehrerinnenseminar ergebe. Der Rechtsweg wurde für zulässig erachtet nur soweit Zahlung der Funktionszulage und Feststellung der Grundlage ihrer Einkommensansprüche gefordert wurde.

b) Über die Besoldungsansprüche der Lehrer nach els.-lothr. G. v. 3. 4. 04 u. 11. 12. 09 vgl. Colmar 10. 7. 16, ElsLothJZ. 17, 194.

23. Patronatsrecht. a) Bender 368. Um den Anspruch gegen das Patronat auf Anerkennung seiner grundsätzl. Beitragspflicht zu einer Pfarrdienstwohnung im Rechtswege zu verfolgen, bedarf es nicht eines vorherigen Ausspruchs der Königl. Regierung über die Notwendigkeit der Errichtung des Wohnsitzes gemäß §§ 707ff. II 11 ALR. — Eine sachlich ungerechtfertigte und über ihre Zuständigkeit hinausgehende Entsch. der Königl. Reg., daß ein Pfarrgebäude für eine neuerrichtete Pfarrstelle nicht notwendig sei, ist für die ordentl. Gerichte nicht bindend.

b) Posen 25. 11. 16, PosMSchr. 16, 127. Das RG. hat ebenso wie das frühere OTrib. in gleichmäßiger Rechtspr. daran festgehalten, daß über die Frage, ob ein kirchl. Bau notwendig und in welcher Art er auszuführen sei, endgültig die Verwaltungsbehörden zu entscheiden haben (§ 707 II 11 ALR.) dergestalt, daß die Kirchengemeinde die Klage auf Leistung von Baubeiträgen erst erheben kann, wenn der Baubeschluß der Reg. ergangen ist, und daß ferner der ordentl. Richter an diesen Baubeschluß insoweit gebunden ist, als er über die Notwendigkeit und die Art der Ausführung des Baues Entscheidungen

trifft. Nur insoweit es sich um die Beitragspflicht überhaupt und um die Verteilung der aufzubringenden Kosten unter die Pflichtigen handelt, steht der Rechtsweg offen. (Im gegebenen Falle herrschte Streit nur darüber, ob die Herstellung einer Heizungsanlage unter die Patronatsbaulast des Bekl. fiel. Hierüber war im ordentl. Rechtswege zu entscheiden.) Vgl. JDR. 14 II 20; 15 II 25.

c) Streit der Verpflichteten über das Verhältnis ihrer Beitragspflicht zu den Kirchenbaulasten. **RG.** 5. 7. 17, GruchotsBeitr. 61, 948, R. 17, 533. Nach §§ 707ff. II 11 ALR. würde eine Klage der Kirchengem. auf Feststellung der Beitragspflicht der Parteien zu den kirchlichen Baulasten nach dem observanzmäßigen Verhältnis im Rechtswege zulässig sein. Handelt es sich aber bei dem Verhältnis zwischen der Kirchengem. und den Parteien um ein zur Zuständigkeit der ordentl. Gerichte gehörendes Verhältnis, so kann auch bei entstehendem Streit zwischen den Verpflichteten über das Verhältnis ihrer Beitragspflicht nur im Rechtswege entschieden werden.

24. Polizeikostengesetz v. 3. 7. 08. (Ansprüche des Preußischen Fiskus gegen eine Stadtgemeinde auf Grund des PG.) Königsberg 17. 4. 17, PosMSchr. 17, 74. Maßgebend ist nicht, ob die Verpflichtung, zu deren Erfüllung die beklagte Partei angehalten werden soll, auf einer Bestimmung des öffentl. Rechts beruht, sondern lediglich der Umstand, ob es sich dabei um einen Gegenstand des öffentl. Interesses oder um den Anspruch auf einen Vermögensausgleich einer einzelnen physischen oder jur. Person handelt (**RG.** 79, 352). Hier handelt es sich aber lediglich um einen solchen Vermögensausgleich, den der Kl. auf Grund des § 1 Abs. 2 PolizeikostenG. und mithin auf Grund einer öffentl.-rechtl. Bestimmung gegen die Bekl. zu haben vermeint. Nicht ein öffentl. Interesse des Staats soll mit der Klage geltend gemacht werden, sondern lediglich ein vermögensrechtl. der jur. Person des Fiskus gegen eine andere jur. Person.

25. Klage auf Zahlung einer im Verwaltungsverfahren festgesetzten Entschädigung wegen Rayonbeschränkung. **RG.** 26. 6. 17; 90, 361. Die Zulässigkeit des Rechtsweges im Anschluß an 69, 64 bejaht, da die Beschlüsse des Bezirks-Aussch. nach § 41 Abs. 2 RayonG., § 153 preuß. ZustG. in gleicher Weise zu beurteilen seien, wie die nach § 29 preuß. EntG., § 150 ZustG.

26. Schiffahrtsabgaben. **RG.** 10. 2. 17, LeipzZ. 17, 981, R. 17, 292. Es genügt, daß der Fiskus die Zahlung der Schiffahrtsgebühren als eine solche fordert, die durch die Verbindlichkeit zur Entrichtung einer allgemeinen Abgabe i. S. des § 78 II 14 ALR. geboten ist. Daraus ergibt sich die Unzulässigkeit des Rechtsweges, sofern nicht etwa eine der im § 79 ALR. II 14 oder in den §§ 9, 10 des Ges. v. 24. 5. 61 btr. die Erweiterung des Rechtsweges zugelassenen Ausnahmen vorliegt.

27. Schulrecht. **RG.** 16. 11. 16, GruchotsBeitr. 61, 654. Für die Ansprüche des KomVerb. gegen den Ortsarmenverband auf Grund des § 12 Abs. 4 des preuß. Ges., btr. die Beschulung blinder und taubstummer Kinder v. 7. 8. 11 (GS. 168) ist der Rechtsweg zulässig. Dem KomVerb. steht, was den Erstattungsanspruch gegen den Ortsarmenverb. betrifft, zur Erleichterung seiner finanziellen Belastung ein ihm zu eigenem Rechte überlassener rein vermögensrechtl. Anspruch zu, ohne daß das öffentl. Interesse hierbei entscheidend in Betracht kommt. (Es wird ferner ausgeführt, daß § 12 Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, da der KomVerb. bei Unterbringung der Kinder nicht als Armenverb. — Landarmenverb. — handelt.)

28. Staatsakte. a) Rechtsschutz gegen schädigende rechtsmäßige Staatsakte nach bayer. R.° Schneider 209. Obwohl die Eigentumsstörungsklage nach § 1004 BGB. nur die Beeinträchtigung des Eigentums erfordert, nicht aber Widerrechtlichkeit des Eingriffs voraussetzt, kann der durch das (infolge der Flußregelung eindringende) Sickerwasser in seinem Bergwerksbetrieb gestörte Bergwerksbesitzer den Staat bei Gericht nicht auf Unterlassung der Ausbaggerung oder Vornahme von Schutzmaßregeln, der Anlieger an der Staatsstraße nicht auf Änderung des Wasserablaufs verklagen. Es steht vielmehr dem Abhilfe suchenden Gestörten nur die Beschwerde bei der Verwaltung im

gesetzl. Instanzenzuge zu. — Dagegen ist bisher in Bayern in ständiger Rechtspr. an der Zuständigkeit der ordentl. Gerichte zur Entsch. über die öffentl.-rechtl. Entschädigung festgehalten worden. (Standpunkt der Fiskuslehre des Polizeistaats, nach der alle Ansprüche gegen den Fiskus zivilrechtl. Natur waren, mochten sie auch ihren Ursprung im öffentl. Rechte haben.)

b) Braunschw. R. Schadensersatzansprüche gegen Staat und Gemeinde wegen widerrechtl. Amtshandlungen von Beamten. Braunschweig 3. 10. 16, BraunschwZ. 64, 14. Die Zulässigkeit des Rechtsweges bejaht auf Grund § 4 des Ges. v. 28. 7. 10 und § 197 NLO. (vgl. BraunschwZ. 20, 84, 97 u. 149; 26, 1; 27, 36 u. 49; 38, 75; 40, 7; 41, 33).

c) Klage auf Schutzmaßnahmen gegen Einwirkungen polizeilich genehmigter Anlagen. **RG.** 2. 5. 17, LeipzZ. 17, 1355, R. 17 Nr. 1497. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges wäre begründet, wenn mit der Klage eine erneuter polizeil. Genehmigung bedürfende Änderung der Anlage beansprucht würde (**RG.** 62, 132). Dies trifft indessen nicht zu. Das Urteil geht nur dahin, daß die Bekl. Einrichtungen herzustellen hat, die es verhindern, daß beim Betriebe der Anlage das Grundstück der Kl. in unzulässiger Weise von Ausdünstungen infektiöser und übelriechender Art betroffen wird. Trifft die Behauptung, die beanspruchten Schutzmaßnahmen seien mit dem Betriebe in der landespolizeil. Art „durchaus vereinbar", nicht zu, so wird die Klage als sachlich unbegründet abzuweisen sein. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges ist nur der Klagevortrag als richtig zu unterstellen (**RG.** 69, 51).

29. Stempel- und Steuerrecht. a) § 110 ReichsStStG. v. 3. 7. 13. Colmar 8. 7. 16, ElsLothJZ. 17, 193. Nach § 110 a. a. O. ist der Rechtsweg nur in Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung der in dem Ges. festgestellten Abgaben zugelassen. Die bürgerl. Gerichte sind daher nicht befugt, darüber hinaus in das Verfahren zur Beitreibung der Reichsstempelabgaben einzugreifen. (Die vorläufige Einstellung der ZwVollstr. durch das LG. wurde daher für unzulässig erklärt.)

b) Preußisches StStG. v. 26. 6. 09. **RG.** 22. 6. 17, R. 17, 388. Im StStG. sind die Rechtsbehelfe derart geordnet, daß der § 25 im Abs. 1 u. 2 ausschließlich den Verwaltungsweg, der § 26 ausschließlich den Rechtsweg betrifft. Die Vorschriften des Abs. 1 u. 2 des § 25 sind Anweisungen an die Steuerbehörden. Ob ein hinreichender Grund zur Erstattung vorliegt, hat im einzelnen Fall nur die Steuerbehörde zu entscheiden, ohne daß in dieser Beziehung eine Nachprüfung dem Prozeßrichter verstattet wäre (**RG.** 60, 349). — Indem der Kl. die von ihm eingezogenen Beträge zurückfordert, bestreitet er seine Verpflichtung zur Entrichtung der Stempelsteuer und insoweit ist nach § 26 der Rechtsweg für seinen Anspruch eröffnet (**RG.** 76, 30).

c) Gemeindesteuersachen. Hamburgisches Recht. Hartmann 257 bekämpft Hamburg 26. 3. 14, HansGZ. 17 Bbl. 221, wo die Frage, ob die Veranlagung zur Gemeindesteuer im Rechtswege angefochten werden kann, bejaht worden ist.

30. Wasserrecht. a) Ansprüche wegen durch Tieferlegung eines Oderdeiches entstandenen Schadens. **RG.** 21. 4. 17, R. 17, 340. Der Rechtsweg ist zulässig. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges würde begründet sein, wenn lediglich deshalb Schadensersatz verlangt würde, weil Bekl. in Ausführung einer auf Grund § 8 des Ges. v. 12. 8. 05 erlassenen Anordnung des BezAussch. gemäß dieser Anordnung die Normalisierung des Deiches vorgenommen habe; alsdann würde es sich um eine rechtmäßige, kraft öffentl.-rechtl. Befugnisse getroffene Maßnahme handeln.

b) Wassernutzungsrechte — nach württemberg. R. WürttKompGH. 17. 7. 14, WürttRpflZ. 17, 99. Das Wassernutzungsrecht des württ. Wasserges. ist zweifellos ein subjektives öffentl. Recht, während ebenso sicher die zu seinem Schutze gegen Störung dienenden Rechtsbehelfe dem bürgerl. Recht angehören oder aus demselben stammen. — Die Befugnis des Beliehenen gegenüber dem Staat ist eine öffentl.-rechtl., dagegen ist, soweit der öffentl. Dienst nicht in Frage steht, die Machtbefugnis an dem öffentl. Gewässer

privatrechtl. Natur, und es gehören daher die Schutzansprüche gegen Störungen seitens anderer Nutzungsberechtigter dem bürgerl. Recht an. — Hiergegen Hofacker 23, wo ausgeführt wird, daß im gegebenen Falle die Verteidigung eines älteren Wassernutzungsrechts gegen eine neue Verleihung nur auf dem gewöhnlichen Verwaltungsrechtsweg (Art. 10 Ziff. 24 VerwRpflG.) zulässig sei. Vgl. auch WürttVGH. 20. 12. 16, WürttRpflZ. 17, 147.

31. Wegestreitigkeiten. **RG.** 5. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 815, LeipzZ. 17, 1084, R. 17 Nr. 1720. Nach der ständigen Rechtspr. des RG. ist, wenn an der Benutzung eines öffentl. Weges derjenige, der ein Sonderinteresse an der Benutzung des Weges hat, von einem anderen auf Grund eines angeblich die Benutzbarkeit des Weges ausschließenden oder einschränkenden Privatrechts, insbesondere auch des Eigentums an der Grundfläche, behindert oder beschränkt wird, für einen Streit hierüber der Rechtsweg zulässig. Dies gilt nicht nur dann, wenn der das Privatrecht Behauptende der angeblich unberechtigten Benutzung des Weges mit der sog. negatorischen Klage entgegentritt, sondern auch wenn der das Wegerecht Beanspruchende in der Rolle des Kl. auftritt und mit der negativen Feststellungsklage gegen den anderen die Feststellung begehrt, daß der Bekl. auf Grund seines angeblichen Privatrechts ihm die Wegebenutzung nicht untersagen dürfe. (Vgl. **RG.** 14, 262, JW. 08, 153, GruchotsBeitr. 40, 833; 55, 1043.)

32. Politische Zwangsverwaltung. Hamburg 7. 10. 16, DJZ. 17, 249, JW. 17, 867, LeipzZ. 17, 345. Kl., Vertreter einer unter ZwVerw. gestellten französ. Firma, klagte gegen den ZwVerwalter auf Feststellung, daß dieser nicht berechtigt sei, die von ihm geforderte Abrechnung über seine Geschäfte zu verlangen. Die Klage wurde wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen. Es handelt sich um eine im öffentl. Rechte wurzelnde Anordnung, welche von einer insoweit mit amtlicher Gewalt gesetzmäßig ausgestatteten Person ausschließlich im Interesse des Staates und auf Grund der übertragenen amtlichen Befugnisse getroffen worden ist. (Es wird ferner hervorgehoben, daß es an der Verfügung einer Verwaltungsbehörde i. S. des § 24 des hamb. Ges. btr. d. Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege v. 23. 4. 79 und damit die Möglichkeit der Abhilfe durch die ordentl. Gerichte fehle.)

Bestätigt durch **RG.** 19. 4. 17; 89, 390. (Es wird ausgeführt, daß dem ZwVerwalter eine Doppelstellung zugewiesen sei, eine privatrechtl. und öffentl.-rechtl., und der Bekl. mit der fraglichen Anordnung beabsichtigte, in staatlichem Auftrage den Umfang des französ. Unternehmens, soweit es noch nicht geschehen war, festzustellen und die vermutete Mehrung an Vermögenswerten unter seine Herrschaft als ZwVerwalter zu Vergeltungszwecken zu ziehen.) Die Anordnung stellt sich daher ihrer Natur nach als ein Ausfluß des dem Bekl. mit der ZwVerw. übertragenen obrigkeitl. Rechts dar, und der Streit der Parteien, ob der Bekl. zu der Anordnung berechtigt war, bildet keine bürgerl. Rechtsstreitigkeit.

33. Zentraleinkaufsgenossenschaft. KG. 20. 1. 17, GenBl. 17, 329, JW. 17, 372, KGBl. 17, 30. Die ZEG. hatte auf Grund der Bek. v. 11. 3. 16 (RGBl. 159) von dem Kl. aus Holland eingeführten Käse übernommen, den Übernahmepreis festgesetzt und bezahlt. Der Kl. behauptete, daß dieser Preis nicht der Marktlage entsprochen habe, und klagte den Mehrbetrag ein. LG. und KG. wiesen die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges ab. — Wortlaut und Zweck des § 5 der Bek. v. 11. 3. 16, kraft dessen im Falle der Übernahme des von einem anderen aus dem Auslande eingeführten Käses die ZEG. den Übernahmepreis „endgültig" festsetzt, lassen erkennen, daß hinsichtlich der Preisbestimmung der Rechtsweg ausgeschlossen sein sollte. „Endgültig" ist die Preisfestsetzung nur dann, wenn sie keinerlei Nachprüfung weder im Rechtswege noch durch einen Instanzenzug mehr zuläßt. (Ob der Anspruch auf Zahlung der festgesetzten Vergütung und etwaiger Verzugszinsen im ordentl. Rechtswege verfolgt werden kann, war nicht zu erörtern.)

§ 14.

Schrifttum: Bovensiepen, Deutsche Prisensprüche, NiemeyersZ. 26, 563. — Dove, Die Neuregelung des Justizwesens im Königreich Polen, JW. 17, 796. — Erdel, An-

spruch des Stellenbewerbers auf Erstattung der Vorstellungs- und Reisekosten, GewuKfmG. 23, 34. — Fuld, Zuständigkeit der Gewerbegerichte für Schadensersatzansprüche wegen Verweigerung des Abkehrscheins, R. 17, 566. — Holzapfel, Das Schicksal der Auseinandersetzungsbehörden, PrVerwBl. 38, 694. — Jahn, Sondergerichte, Staats- und Volksrichter, DJZ. 17, 325. — v. Koschembahr-Lyskowski, Die zukünftige Gerichtsorganisation im Königreich Polen, DJZ. 17, 815. — Landsberger, Die deutschen Gewerbe- und Kaufmannsgerichte im Kriege, GewuKfmG. 23, 1. — Derselbe, Handlungs- oder Gewerbegehilfe, GewuKfmG. 22, 360. — Lieb, Ist die Kammer für Handelssachen oder die Zivilkammer das Berufungsgericht gegen Urteile der Kaufmannsgerichte? Bay. RpflZ. 17, 319. — Derselbe, Die Richterverantwortlichkeit der Mitglieder der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, GewuKfmG. 23, 25. — Ramdohr, Das Justizwesen im Generalgouvernement Warschau, JW. 17, 535. — Riezler, Der Abkehrschein, LeipzZ. 17, 1025. — Schaps, Englische Prisenrechtssprüche, RuW. 6, 10. — Thiesing, Ersuchen um Verpflichtung eines im Besetzungsgebiet wohnenden Deutschen als Vormund, DJZ. 17, 709.

A. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. I. Allgemeine Fragen. 1. Verhältnis zur Gerichtszuständigkeit. Ist das Urteil eines sachlich nicht zuständigen Gewerbe- oder Kaufmannsgerichts nichtig und kann diese Nichtigkeit durch Klage vor den ordentl. Gerichten geltend gemacht werden. Mendelssohn-Bartholdy, JW. 17, 872 Anm. 2 bekämpft LG. Essen 7. 1. 16, JDR. 15 II B 3, jetzt auch JW. 17, 872, GewuKfmG. 23, 90, das die Frage verneint. Wenn die besonderen Gerichte eine Ausnahme von der ordentl. Gerichtsbarkeit darstellen, so können sie wegen dieser Stellung den ordentlichen Gerichten nicht „grundsätzlich" gleichgeordnet sein. Außerdem ist § 17 GVG. übersehen. Es gilt für die ordentl. Gerichte und gibt ihnen Kompetenz-Kompetenz; diese fehlt den besonderen Gerichten. Es ist der gewichtige Grund für die Bejahung der Nichtigkeit vorhanden, daß ein Mangel nicht nur der Zuständigkeit, sondern der Gerichtsbarkeit vorhanden war.

2. Verhältnis zur Schiedsgerichtsbarkeit. Ist das GG. zuständig für die Klage aus einem Vergleich, der vor der Schlichtungskommission für Militärschneiderarbeiten geschlossen ist? GG. Berlin-Wilmersdorf, GewuKfmG. 23, 14. Selbst wenn die Klage sich unmittelbar als aus dem Arbeitsverhältnis ergebend darstellen würde, wäre das GewG. nicht zuständig. Denn für alle sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Klagen ist gemäß ausdrücklicher Parteivereinbarung allein die Schlichtungskommission zuständig. Erst wenn diese einen Schiedsspruch erlassen würde, dessen Vollstreckbarkeit nach § 1042 ZPO. erwirkt werden könnte, würde eine mit der Vollstreckbarkeit versehbare Sachentscheidung ergehen können.

3. Zur Abgrenzung der persönlichen Zuständigkeit im allgemeinen. Klage eines „Schweinemästers" gegen eine Industriegesellschaft. KfmG. Charlottenburg, GewuKfmG. 22, 360. Nach den übereinstimmenden Erklärungen beider Parteien bestanden die Dienste des Kl. in der „Leitung" der von der Bekl. in ihrem Betriebe eingerichteten „Schweinemästerei", wofür er ein Monatsgehalt von 300 M. nebst freier Beköstigung erhielt. Von allen seinen Dienstobliegenheiten, die überwiegend landwirtschaftl., allenfalls gewerbl. Natur waren, könnte allein der Einkauf von Futtermitteln und Spreu als kaufm. Tätigkeit beurteilt werden. Wenn aber mehrere Arten von Dienstleistungen von einem Gehilfen verlangt werden, so ist für die rechtl. Beurteilung seiner Tätigkeit allein die Hauptbeschäftigung maßgebend. (Es wird näher ausgeführt, daß der Kl. nicht als Handlungsgehilfe anzusehen ist und daher die Klage nicht vor das KfmG. gehört.) Die Klage gehört aber auch nicht vor das GG. Nach § 6 GewO. findet dieses Ges. auf die Viehzucht nur insoweit Anw., als dasselbe ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält. In Titel VII, welcher die gewerbl. Arbeiter behandelt, ist von der Viehzucht nichts enthalten. Da zudem Bekl. nicht etwa einen gewerbsmäßigen Viehhandel treiben, sondern die Schweinemästerei für ihre industriellen Arbeiter als Aufgabe der Kriegswirtschaft betreiben wollte, kann Kl. auch nicht als Gewerbegehilfe i. S. des VII. Titels der GewO. angesehen werden. (Es wird endlich ausgeführt, daß, wenn der Kl. zu den Gewerbegehilfen gehörte, er doch als solcher i. S. des § 133a GewO. anzusehen wäre,

so daß die Zuständigkeit des GG. nicht gegeben wäre, da sein Lohn 2000 M. überstieg.) Vgl. bezüglich eines Gestütsmeisters eines Fabrikbesitzers GG. Charlottenburg, GewuKfmG. 22, 363. — Vgl. zu beiden Entscheidungen Landsberger 360.

II. Gewerbegerichte. A. Persönliche Zuständigkeit. 1. Klagen russisch-polnischer Arbeiter, die nach Kriegsbeginn aus den besetzten Gebieten nach Deutschland gekommen sind. GG. Stettin 21. 11. 16, GewuKfmG. 22, 204 bejaht die Zuständigkeit, da in den durch Arbeitsvertrag angenommenen, aus den besetzten Gebieten stammenden Ausländern freie Arbeiter zu sehen sind, die allerdings verschiedenen, durch das stellvertr. GeneralKdo. festgesetzten polizeilichen Beschränkungen unterworfen sind. (Vgl. Rek. Entsch. 3. 5. 16 des RVA., AN. des RVA. 1916, 497.) Ebenso LG. I Berlin 12. 2. 17, mitgeteilt von Schalhorn, GewuKfmG. 22, 214, dessen Abhandlung GewuKfmG. 21, 150 (JDR. 15 II 2dβ) zu vergleichen ist.

2. Artisten vor dem Gewerbegericht. Landsberger, GewuKfmG. 22, 310 gelangt zu folgenden Ergebnissen: I. Darsteller im Schaustellungsgewerbe und in den niederen, d. h. ohne höheren Kunstwert, Belustigungsunternehmungen — Artisten — sind Gewerbegehilfen. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob das Unternehmen seine Einnahmen aus Eintrittsgeldern oder dem Schankwirtschaftsbetrieb herleitet; vielmehr entscheidet der Gesamtcharakter des Unternehmens. Auch der Rang, Grad oder die Art der artistischen Leistung des Darstellers ist ohne Bedeutung. II. Artisten sind sog. Spezialisten, Gymnastiker usw.; in gleicher Rechtslage sind Statisten, Chorsänger, Tänzer, Darsteller einer Zirkuspantomime, Mitglieder reisender Ausstattungsgesellschaften, Musiker, Filmschauspieler und ähnliche in Unternehmungen, die nach rein gewerblichen, nicht höheren künstlerischen Grundsätzen geleitet werden. III. Ob Spezialitäten, besonders in Gruppen auftretende ausnahmsweise nicht als Gewerbegehilfen, sondern als selbständige Unternehmer anzusehen sind, kann nur in jedem einzelnen Falle entschieden werden. IV. Streitigkeiten zwischen Artisten und ihren Arbeitgebern gehören zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte.

3. Klage des Geschäftsführers eines Cafés, der außer freier Kost lediglich Provision bezieht. KG. 21. 2. 17, GewuKfmG. 22, 242. Die Geschäftsführer von Cafés sind dann nicht als Handlungsgehilfen anzusehen, wenn ihnen im wesentlichen nur die Leitung des gewerbl. Betriebes, wie die Kontrolle der Kellner und die Aufrechterhaltung der Ordnung im Lokal, obliegt. (Es wird näher ausgeführt, daß vorliegend der Kl. dem kaufm. Betriebe des Unternehmens gänzlich fernstand, dagegen als Betriebsleiter i. S. des § 133 GO. zu gelten haben würde, wenn er gegen feste Bezüge beschäftigt worden wäre, ferner, daß der Begriff „gewerbl. Arbeiter" i. S. des 7. Titels der GO. auch Betriebsleiter umfaßt.) Da er mangels fester Bezüge als Leiter i. S. des § 133 nicht gelten kann, so hat er die Stellung eines gewerbl. Gehilfen, auch wenn seine Tätigkeit die eines Betriebsleiters war. Die Vorschrift, daß das GewG. nicht zuständig sei, wenn der Jahresarbeitsverdienst mehr als 2000 M. beträgt, gilt nur für gewerbl. Arbeiter (Betriebsbeamte) i. S. des § 133a GO., zu diesen gehört der Kl. mangels fester Bezüge nicht.

4. Streitigkeiten zwischen einem Zirkusdirektor und den Mitgliedern einer im Zirkus auftretenden Künstlertruppe. Dresden 20. 9. 16, OLG. 35, 162, SächsOLG. 37, 400. In keinem Falle können die Angehörigen der Truppe — als Arbeiter oder etwa als Werkmeister des Zirkusdirektors angesehen werden. Dagegen sprechen schon Sprachgebrauch und Verkehrsauffassung. Ihre Tätigkeit ist weder für sich allein noch im Gesamterfolg auf die Herstellung eines Gewerbserzeugnisses des Zirkusbesitzers gerichtet, sondern ist eine gegenüber der Tätigkeit des letzteren selbständige Leistung, die er nur für seinen Erwerb benutzt.

B. Sachliche Zuständigkeit. 1. Schadensersatzansprüche Hilfsdienstpflichtiger wegen Vorenthaltung des Abkehrscheins (§ 9 Ges. v. 5. 12. 16; über dessen rechtl. Natur vgl. Riezler 1037; zu vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 5, 595. a) Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte bejahen Auerswald,

GewuKfmG. 22, 114 u. 202. (Der Abkehrschein ist gleich dem Zeugnis des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GGG. zu beurteilen, die Pflicht zur Erteilung wird ausgelöst erst infolge des Beschäftigungsverhältnisses); Baum, JW. 16, 1558; Erdel, GewuKfmG. 22, 147; Fuld, R. 17, 566; ferner in der Mehrzahl die Vorsitzenden der GewuKfmG. 22, 145 angeführten Gewerbegerichte, endlich die GewG. Stuttgart 10. 2. 17, Essen 1. 5. 17, Mannheim 2. 5. 17, Linden 30. 3. 17, GewuKfmG. 22, 265, 266, 267, 270, sowie GewG. Nürnberg 16. 7. 17, GewuKfmG. 23, 11. Die Verpflichtung zur Ausstellung des Abkehrscheins beruht zwar nicht unmittelbar auf dem Arbeitsverhältnisse, sie greift aber so in die privatrechtl. Verhältnisse ein, daß sie von diesen gar nicht losgelöst werden kann. Im übrigen zwingt der Geist des Ges. zur Bejahung der Zuständigkeit. Der Abkehrschein steht rechtlich auf gleicher Stufe wie etwa die Aushändigung des Zeugnisses.

b) Für Zuständigkeit der ordentl. Gerichte. Boysen, GewuKfmG. 22, 329, ferner GG. Hamburg 16. 2. 17, GewuKfmG. 22, 176. Die Erteilung des Abkehrscheins ist keine Leistung i. S. des § 4 Ziff. 2 GGG., also fällt ein Schadensersatzanspruch wegen Verweigerung eines solchen Scheins auch nicht unter Ziff. 4. Ebenso GG. Mainz 9. 7. 17, GewuKfmG. 22, 343. Vgl. auch GewuKfmG. 22, 245; ferner die Eingabe des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, GewuKfmG. 23, 62.

2. Zur Frage der Herausgabe der Arbeitspapiere bei Verweigerung des Abkehrscheins. Schalhorn, GewuKfmG. 22, 336 bejaht die Zulässigkeit der Klage auf Herausgabe der Invalidenkarte unbedingt, da diese Karte nach § 1425 RVO. auf Verlangen des Arbeitnehmers jederzeit, auch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, herausgegeben werden muß. Bezüglich des Abgangszeugnisses und Arbeitsbuchs wird unterschieden, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich fortgesetzt wird oder nicht.

3. Arbeiterunterstützungskasse. GG. Mannheim 20. 8. 17, GewuKfmG. 23, 46. Das GG. ist nicht zuständig für die — nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses erhobene — Klage auf Rückzahlung von Beiträgen zu einer Arbeiterunterstützungskasse, die Arbeitern mit ihrem Einverständnis vom Lohn abgezogen sind. Die abgezogenen Beträge haben aufgehört, Arbeitslöhne zu sein. Es handelt sich um den Anspruch von gewesenen Mitgliedern der Unterstützungskasse gegen den Verein.

III. Kaufmannsgerichte. A. Persönliche Zuständigkeit. 1. a) Keine Zuständigkeit des KfmG. für Angestellte einer städt. Sparkasse. Düsseldorf 8. 6. 17, GewuKfmG. 17, 355. Die Gewinnabsicht kommt bei öffentl. Sparkassen nicht in Betracht. Diese sind öffentl. Einrichtungen, die zur Beseitigung der Not und als Fürsorge für die Kapitalpflege eingerichtet wurden. (Reglement v. 12. 12. 38 § 4c.)

b) Klage einer in einer städt. Lebensmittelverkaufsstelle tätig gewesenen Kassiererin gegen die Stadtgemeinde. Kfm. Potsdam 1. 5. 17, GewuKfmG. 22, 296. (Die Zuständigkeit wurde verneint.) Zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist erforderlich, daß die Absicht dahin geht, aus der unternommenen Tätigkeit eine dauernde Einnahmequelle zu machen, Gewinn zu erzielen. Hiernach kann eine Stadtgemeinde, die lediglich unter Deckung der Selbstkosten in Zeiten allg. wirtschaftl. Not ihre Bürgerschaft mit dem notwendigsten Lebensbedarf, insbesondere mit Lebensmitteln versorgt, nicht als Kaufmann angesehen werden. (Der Rechtsstreit wurde gemäß § 16 KGG. i. V. mit §§ 26, 28 GGG. und § 505 ZPO. an das zuständige AG. Potsdam verwiesen.) Ebenso KfmG. Düsseldorf 11. 5. 17, GewuKfmG. 22, 354.

c) Dagegen Zuständigkeit für kaufmänn. Angestellte eines städt. Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerks. KfmG. Düsseldorf 10. 11. 16, GewuKfmG. 22, 322. Auch eine Stadtgemeinde kann KfmsEigenschaft haben. Dies, falls und insoweit sie ein Handelsgewerbe betreibt. — Die städtischen Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke stellen einen einheitlichen Betrieb dar. — Seitens der Werke wird der Rohstoff (Kohle) angeschafft und die nach dessen Verarbeitung gewonnene Ware wie Koks usw. veräußert. Die Werke schaffen auch anderweitige Ware — wie Verbindungsrohre — an und veräußern sie. § 1 HGB. trifft vollständig zu.

2. Klagen eines Buchhalters gegen einen Viehhandelsverband. KfmG. Stettin 24. 11. 16, GewuKfmG. 22, 183. Die vom Oberpräsidenten der Provinz Pommern erlassene Satzung des Viehhandelsverbandes v. 2. 5./4. 11. 16 gründet sich auf die BRVO. v. 25. 9. u. 4. 11. 15 sowie die Bek. v. 27. 3. 16 und die Anordnung der Landeszentralbehörden v. 16. 2./22. 8. 16. § 3 seiner Satzung besagt ausdrücklich: Der Verband verfolgt nur gemeinnützige Zwecke. § 14 Abs. 1 setzt fest: Die Einnahmen des Verbandes müssen nach Deckung der Verwaltungskosten — zur Hebung und Wiederherstellung der Viehzucht und Viehhaltung Anwendung finden. Es fehlt somit die Gewerbsmäßigkeit, die zum Begriff des Handelsgewerbes erforderlich ist.

3. Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes. Reisespesen. Dresden 13. 12. 16, GewuKfmG. 23, 89, OLG. 35, 20, SächsRpflA. 17, 60. Der Kl. hat nach dem mit dem Bekl. abgeschlossenen Dienstvertrage an Gehalt und Reisespesen jährlich 6500 M. zu beziehen gehabt. Reisespesen gehören zum Jahresarbeitsverdienste, soweit sie ein über die Erstattung von Kosten und Auslagen hinausgehendes eigentliches Arbeitsentgelt bilden. Zu diesen Kosten und Auslagen gehört die Bestreitung des Lebensunterhalts eines Reisenden auf der Reise nur insoweit, als der Aufwand hierfür höher ist, als am Wohnorte. Es gehören dazu ferner die Auslagen für die Reise selbst an Fahrgeld und Wohnung im Gasthause. (Im gegebenen Falle stand dem Kl. für seine Reisen ein Kraftwagen auf Kosten des Bekl. zur Verfügung, so daß er nur in Ausnahmefällen die Kosten der Ausbesserung des Wagens und für das Übernachten in Gasthäusern regelmäßig nichts aufzuwenden hatte. Daher wurden die Reisekosten auf unter 1500 M. geschätzt.)

B. Sachliche Zuständigkeit. 1. Schadensersatzklagen. KfmG. München 15. 1. 16, GewuKfmG. 22, 157. Das KfmG. ist nicht zuständig für eine Schadensersatzklage, die darauf gestützt wird, daß der Prinzipal den Handlungsgehilfen durch falsche Vorspiegelungen zur Auflösung eines früheren Dienstvertrages verleitet habe. Ziff. 2 setzt Streitigkeiten voraus, welche die Leistungen aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse betreffen. Daran fehlt es, wenn der Anspruch aus einer außervertraglichen unerlaubten Handlung hergeleitet wird.

2. Vorstellungs-Reisekosten. Erdel 35. Auch wenn die Vorstellungsreise des Stellenbewerbers zum Abschluß des Anstellungsvertrages geführt hat, handelt es sich bei dem Ersatz der Reisekosten nicht um eine Leistung aus dem Dienstverhältnis selbst, sondern um einen Anspruch, von dem man bestenfalls sagen kann, er sei „aus Anlaß" des Dienstverhältnisses entstanden, nicht aber, er sei „aus dem Dienstverhältnisse" entstanden. Wenn in der Praxis der Sondergerichte die sachliche Zuständigkeit in dem Falle, daß es zur Anstellung gekommen ist, gewöhnlich angenommen wird (KfmG. Stuttgart 18. 3. 13, GewuKfmG. 19, 199), so läßt sich das nur damit rechtfertigen, daß man die Wirksamkeit des zustandegekommenen Dienstvertrages auf die ihm vorausgegangenen Vertragsverhandlungen rückbezieht.

IV. Prozessuale Fragen. 1. Vereinbarung der Gerichtszuständigkeit bei Kaufmannsgerichtssachen. Karlsruhe 4. 12. 15, DJZ. 17, 443. § 6 Abs. 2 KfmGG. sagt nichts darüber, was bei der danach zulässigen Vereinbarung hinsichtlich bereits entstandener Streitfälle an Stelle des KfmG. gesetzt werden darf. Diese Frage ist nach der Entstehungsgeschichte dahin zu beantworten, daß auch eine Vereinbarung hinsichtlich einer schon entstandenen Streitigkeit nur zulässig ist, wenn ein privates Schiedsgericht vereinbart wird. Unzulässig dagegen ist auch in solchen Fällen die ausdrückl. oder stillschweigende Vereinbarung der ordentl. Gerichte.

2. Geht die Berufung gegen Urteile des KfmG. an die Kammer für Handelssachen oder an die Zivilkammer? Lieb, 319 weist darauf hin, daß die Streichung des § 101 Nr. 3 GVG. durch die Novelle v. 1. 6. 09 in der Absicht erfolgt ist, zu verhüten, daß die K. f. H. als Berufungsgerichte gegenüber Urteilen der KfmG. in Betracht kommen könnten. Würde man sie als BerGerichte gegen solche Urteile zulassen,

so würde dies eine Umkehr des paritätischen Charakters der KfmG. bedeuten, bei denen Prinzipale und Handlungsgehilfen in gleicher Zahl einem rechtskundigen Vorsitzenden beigegeben sind, während bei den K. f. H. dem einen Berufsrichter zwei Prinzipale gegenüberstehen.

3. Berechnung der Berufungssumme. LG. Breslau 13. 6. 14, GewuKfmG. 22, 158. Ein mittels Widerklage erhobener negativer Feststellungsanspruch kann bei der Berechnung der BerSumme nur insoweit berücksichtigt werden, als der dadurch zu bekämpfende Anspruch überhaupt als möglich und denkbar in Frage kommt, das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Kl. etwa nur einen Teil seines vermeintlichen Anspruchs einklagt und der Bekl. — sei es nach § 256 oder nach § 280 ZPO. — den ganzen Anspruch zu beseitigen trachtet. (Im gegebenen Falle lag ein den Betrag von 300 M. übersteigender Anspruch des Kl. völlig außer dem Bereich der Möglichkeit. Der Kl. selbst hatte nie mehr als 200 M. gefordert, der Bekl. hatte widerklagend beantragt, festzustellen, daß dem Kl. ein Gratifikationsanspruch von 318 M. nicht zustehe.)

B. Prisengerichte. Vgl. die Zusammenstellung von Bovensiepen, NiemeyersZ. 26, 563 und im einzelnen DIZ. 17, 437, 524, 832, 902, HansGZ. 17 Hbl. 10, 11, 14, 15, 16, 155, 162, 164, 167, 169, 171, 174, 179, 197, 203, LeipzZ. 17, 69, 70, 71, 72, 281, 282, 283, 285, 612, 639, 758ff., 993, 1093, 1186—1191, 1363, NiemeyersZ. 27, 199, 235, 242, 243, 249, 254—269, SchlHolstAnz. 17, 221, 236, 240, 245—248.

C. Besetzte Gebiete. 1. Belgien u. Nordfrankreich vgl. a) Braunschw. Verf. v. 9. 12. 16, BraunschwZ. 64, 49.

b) Verpflichtung eines Deutschen zum Vormund, Thiesing 709.

c) Belg. Kassationshof 20. 5. 16 über die Bindung der belg. Gerichte an die VOn. des Generalgouverneurs von Belgien, JW. 17, 735.

2. Polen. a) Im allgemeinen Rambohr 535, Dove 796, v. Koschembahr-Lyskowski 815.

b) Braunschw. VO. v. 3. 2. 17, BraunschwZ. 64, 49.

c) Kaiserl. Deutsches Obergericht Warschau 15. 5. 17, JW. 17, 736. Nach § 14 der ProzeßV. v. 18. 11. 16 kann nur ein bei den Bezirksgerichten oder Obergerichten zugelassener Anwalt oder Justizkommissar mit der Vertretung der Parteien beauftragt werden.

3. Rumänien. Einsetzung deutscher Gerichte. DIZ. 17, 802, JW. 17, 808.

§ 18.

Fortdauernde Exterritorialität des Gesandten und seines Personals nach Abbruch diplomatischer Beziehungen. AG. Berlin-Schöneberg 9. 2. 17, KGBl. 17, 32. Botschafter und Botschaftspersonal bleiben exterritorial auch nach Empfang der Pässe und erfreuen sich des Schutzes der Exterritorialen. Die entgegengesetzte Auffassung (des Antragstellers) würde dahin führen, daß z. B. der französ. Botschafter nach Empfang der Pässe, weil nach Auffassung des Antragstellers Privatperson, als feindl. Ausländer hätte interniert werden können. (Daher der Antrag auf Anordnung des Arrestes gegen ein Mitglied der amerikanischen Botschaft nach Abberufung des Botschafters zurückgewiesen.)

Dritter Titel. Amtsgerichte.

Schrifttum: Göbel, Der dienstaufsichtführende Amtsrichter in Preußen, DRZ. 17, 30. — Tophoff, Der preuß. dienstaufsichtführende Amtsrichter, DRZ. 17, 27.

Fünfter Titel. Landgerichte.

Schrifttum: Göbel, Das Präsidium, DRZ. 17, 471. — Tophoff, Die Stellvertretung in den Kollegialgerichten 1914.

§ 62.

Über Änderung und Anfechtung des Präsidialbeschlusses. Göbel 471. Abs. 2 bestimmt, daß die Geschäftsverteilung im Laufe des Geschäftsjahres nicht geändert

werden dürfe, mithin sind Änderungen vor Beginn des Geschäftsjahres nicht verboten. — Für die Amtsgerichte gilt § 62 GVG. nicht. Der OLGPräsident kann auf Anregung eines Amtsrichters jederzeit veranlassen, daß das Präsidium einen neuen Beschluß faßt. (Entgegen der ständigen Handhabung des § 23 preuß. AGGVG.).

§§ 66, 69.

Nichteinhaltung der festgesetzten Vertreter-Reihenfolge (§§ 66, 69 i. V. mit § 38 Abs. 2 Preuß. AGGVG.). **RG.** 9. 1. 17, LeipzZ. 17, 484. (Die Voraussetzungen für die Einberufung eines Amtsrichters nach §§ 66, 69 GVG. i. V. mit § 38 Preuß. AGGVG. lagen vor.) Wenn bei der Einberufung des AGRats X die auf Grund des § 38 Abs. 2 festgesetzte Reihenfolge versehentlich nicht eingehalten worden ist, so kann hierin keine Gesetzesverletzung gefunden werden.

§ 70.

Anspruch auf Kriegsbesoldung gegen das Reich. **RG.** 19. 12. 16; 89, 253, JW. 17, 298, LeipzZ. 17, 324. In Art. 77 EGBGB. versteht die Rechtspr. unter „Staat" auch das Reich, **RG.** 54, 189; 79, 433. — Die so zu verstehende und so verstandene Bestimmung des Art. 77 muß zu einer entsprechenden Auffassung des Wortes „Staat" in § 70 Abs. 3 GVG. führen, und zwar nicht nur bei den Ansprüchen gegen den Staat wegen Verschuldens von Staatsbeamten, sondern bei allen dort bezeichneten Ansprüchen gegen den Staat. Zu dieser allgemeinen Einbeziehung des „Reiches" unter das Wort „Staat" zwingt die notwendige Einheitlichkeit des gesamten Rechtsstoffes, welcher ein organisch zusammenhängendes und ineinandergreifendes Rechtssystem darstellen muß und darstellt; und so wird die von den früheren Urteilen des **RG.** v. 21. 5. u. 17. 12. 14; 33, 409; 34, 419 angenommene, das Rechtsschutzinteresse der Beteiligten, entgegen dem Zweck des § 70 schwer verkümmernde Lücke ohne Eingreifen der Gesetzgebung ausgefüllt.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Schrifttum: Jadesohn, Rechtshilfe gegenüber den außerordentlichen Kriegsgerichten, PosMSchr. 17, 101.

§ 157.

1. Keine Zuständigkeit der Gerichtsoffiziere für die Erledigung von Ersuchen um Rechtshilfe im Felde. Dresden 15. 3. 17, DJZ. 17, 689, OLG. 35, 89, SächsRpflA. 17, 268. Eine Vorschrift, daß die Gerichtsoffiziere im Felde für die Erledigung von Ersuchen um Rechtshilfe hinsichtlich der zum Heere gehörigen Personen zuständig sind, besteht nicht. Vielmehr ist nach § 1 Nr. 3 des Ges. v. 28. 5. 01 im „Felde", d. i. nach § 5 Nr. 1 EGMilStrGO. v. 1. 12. 98, für die Dauer des mobilen Zustandes des Heeres (d. h. neben den nach anderen gesetzlichen Vorschriften zuständigen Behörden) auch den Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräten die Zuständigkeit für die Erledigung von Ersuchen um Rechtshilfe verliehen, § 1 Nr. 3 erstreckt sich auch auf die Erledigung von Ersuchen in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. Vgl. JDR. 15, 4a zu § 159. — Ebenso Kaufmann, LeipzZ. 17, 1324 (unter Aufrechterhaltung seiner JW. 16, 108 vertretenen Ansicht gegen Delius, LeipzZ. 16, 377): Richtig wird verfahren, wenn das an den KrGRat gerichtete Ersuchen des Zivilgerichts der Division usw. entweder unmittelbar zugeht, oder durch Vermittlung des von der ersuchenden Stelle darum angegangenen Truppenteils, dem der zu Vernehmende angehört, und wenn es dann von der Division dem ihr zugeteilten KrGRat — dem selbstverständlich der seine Obliegenheit vermöge Bestellung versehende Offizier gleichsteht — überwiesen wird. (Verf. v. 14. 6. 15, PrJMBl. 16.)

2. Keine Anwendung der Vorschriften des GVG. durch ersuchte Militärgerichte im Felde. Braunschweig 2. 8. 16, BraunschwZ. 64, 41. Nicht §§ 159, 160 GVG., sondern § 13 Abs. 1 S. 2 MStGO. u. § 4 Ges. v. 28. 5. 01 sind maßgebend dafür, ob das Ersuchen abgelehnt werden darf und ob gegen solche Ablehnung Beschwerde verfolgt werden

kann. Ebensowenig bestehen für die Erledigung des Ersuchens die Schranken, die den bürgerl. Gerichten durch die §§ 201, 202 GVG. gezogen sind.

3. Der Minister des Königlichen Hauses ist befugt, in Disziplinarsachen gegen Hofstaatsbeamte die Gerichte um Rechtshilfe zu ersuchen. Kiel 25. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 233. Daß mit den Bestimmungen des 13. Titels GVG. die Rechtshilfepflicht des Gerichts nicht erschöpft ist, ergibt schon zweifellos der § 87 Abs. 2 AGGVG. in seiner Bestimmung, daß über Beschwerden anderer als gerichtl. Behörden wegen einer vom Gerichte verweigerten Beistandsleistung das OLG. zu entscheiden habe. Diese weitergehende Pflicht zur Beistandsleistung ist den Gerichten auferlegt durch den noch geltenden § 38 d. V. v. 2. 1. 49, nach welchem Gericht und Verwaltungsbehören sich gegenseitig bei der Erledigung der ihnen obliegenden Geschäfte Unterstützung zu leisten haben.

4. Rechtshilfe gegenüber den außerordentlichen Kriegsgerichten. Jadesohn 101. Die Rechtshilfepflicht folgt aus § 20 des RechtsHG. v. 21. 6. 69, das für Sondergerichte, wie es die außerordentl. Kriegsgerichte sind, in Kraft geblieben ist. Bei Ablehnung geht die Beschwerde gemäß § 38 a. a. O. an das LG., nicht an das OLG. (Anders Posen, PosMSchr. 17, 3, das die Rechtshilfepflicht aus § 12 EGMilStPO. herleitet und die Beschwerde an das OLG. gehen läßt.)

§ 159.

1. Ersuchen um Aktenvorlegung. Posen 14. 3. 17, OLG. 35, 384, PosMSchr. 17, 3. Es entspricht mindestens der allg. Übung der Gerichte, die ihnen erwünschte Vorlegung ihrer Akten an Beteiligte nicht durch fremde Behörden oder Dienststellen, z. B. die Polizei, zu bewirken, sondern nur durch die Gerichtsschreibereien. Insofern gehört die Vorlegung von Gerichtsakten an Beteiligte zum Geschäftskreis der Gerichte. Es ist nicht erforderlich, daß es sich um eine vom Richter persönlich zu entwickelnde Amtstätigkeit handelt, und das Rechtshilfeversuchen kann nicht mit der Begründung abgewiesen werden, daß die Handlung dem Gerichtsschreiber zukomme. Der ersuchte Richter hat vielmehr seinerseits den Gerichtsschr. zu beauftragen. (Im vorliegenden Falle handelte es sich um das Ersuchen eines Kriegszustandsgerichts auf Grund § 12 EGMilStGO. Daß das Ersuchen nicht die übliche äußere Form gewahrt hatte, wurde für unerheblich erachtet.)

2. Persönliches Erscheinen vor dem ersuchten Richter. München 13. 12. 16, BayRpflZ. 17, 59. (Das Prozeßgericht hatte Beweisbeschluß auf zeugenschaftl. Vernehmung der Kindesmutter durch ihr Wohnsitzgericht erlassen und hierzu das persönl. Erscheinen des Bekl. angeordnet, das ersuchte Gericht die Vernehmung „unter Gegenüberstellung" abgelehnt.) Was dem ersuchten Richter bei der Vernehmung der in seinem Bezirk wohnhaften Kindesmutter obliegt, überschreitet nirgends den Rahmen der Amtstätigkeit bei freiw. Erscheinen der Parteien nach § 357 ZPO. Denn auch bei freiw. Erscheinen der Partei ist diese schon zur sachgemäßen Erschöpfung des Beweisthemas mit ihren Gegenerklärungen zu hören und die Aufnahme etwaiger Widersprüche in das Protokoll rätlich und üblich.

3. Verpflichtung zur Entgegennahme einer Entlastungserklärung des Mündels auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts. Kiel 24. 5. 17, LeipzZ. 17, 1285, OLG. 35, 383, SchlHolstAnz. 17, 188. (Ein AG. hatte das Ersuchen mit der Begr. abgelehnt, daß die Entgegennahme einer Entlastungserklärung dem BGB. fremd sei, Rechtshilfe könne nur zur Abnahme einer Schlußrechnung beansprucht werden, eine solche sei nicht gelegt.) Richtig ist zwar, daß das BGB. dem VormG. in §§ 1892, 1915 nur die Vermittlung der Abnahme der vom Vormund oder Pfleger gelegten Schlußrechnung ausdrücklich zur Pflicht macht, dagegen die Erwirkung einer allgemeinen Entlastungserklärung seitens des bisherigen Mündels nicht vorsieht. — Ist die Vermittlung und Beurkundung einer solchen auch nicht ausdrücklich vorgeschrieben, so ist sie doch auch nicht unzulässig. Sie hält sich vielmehr im Rahmen dessen, was der VormRichter nach Lage des Falles als angemessen und sachlich geboten im Interesse einer gedeihlichen Abwicklung

der Vormundschaft oder Pflegschaft halten kann, das Rechtshilfeersuchen fällt daher unter § 2 FGG. Ebenso KG. 26. 10. 16, DJZ. 17, 903.

4. Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um eidliche Vernehmung von auswärts wohnenden Zeugen darüber, ob sie der Mutter des unehelichen Mündels innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt haben. a) **RG.** 16. 11. 16 (IV), LeipzZ. 17, 333, WarnE. 17, 42. Wie der Senat bereits ausgesprochen hat (JW. 11, 781), darf die vom VormG. dem Vormunde zu gewährende Unterstützung nicht darauf hinauskommen, daß mittelbar die staatshoheitliche Gewalt dem Vormunde zur Handhabe für seine bürgerl. Geschäftstätigkeit dient. Am allerwenigsten ist dies zulässig in einem Falle, wo gar kein Hindernis dagegen besteht, daß die Sache alsbald im ordnungsmäßigen Wege des Zivilprozesses, unter Wahrung der den Parteien dort zustehenden Rechte bezüglich des Beweisverfahrens, zum endgültigen Austrage gebracht wird.

b) Anders, Braunschweig 4. 7. 16, OLG. 35, 282. Ist anerkanntermaßen (**RG.** 67, 218) dem VormG. gestattet, sich mit der Regelung des Unterhaltsanspruchs in der Weise zu befassen, daß es den benannten Erzeuger vorladet und über Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltspflicht zu Protokoll vernimmt, so kann es ihm ebensowenig verwehrt sein, zu der Regelung in der Weise beizutragen, daß es die wichtige Frage der mehreren Zuhälter durch Zeugenvernehmung zu klären versucht. Um so weniger ist daran zu zweifeln, als es von der Erledigung jener Frage für das VormG. abhängt, welche Weisungen in der betreffenden Angelegenheit es dem Vormund zu erteilen habe.

5. Keine Rechtshilfe zwecks Abhaltung des Verhandlungstermins im Erbauseinandersetzungsverfahren. KG. 24. 2. 16, vgl. III 2a zu § 2 FGG.

6. Keine Rechtshilfeverweigerung liegt nach München 12. 10. 17, BayRpflZ. 17, 364 vor, wenn das ersuchte Gericht die beteiligten Miterben über Annahme der Erbschaft und Löschungsbewilligung hören sollte und eine verweigernde Erklärung protokollierte, mag es auch dabei die Miterben beeinflußt haben.

§ 160.

1. Zulässigkeit des Rechtsbehelfs nach § 160 GVG. Darmstadt 9. 2. 17, HessRspr. 17, 314. Nach § 160 GVG. entscheidet das OLG., zu dessen Bezirk das ersuchte Gericht gehört, wenn das Ersuchen abgelehnt wird. Ebenso ist im § 322 Abs. 1 Angest.-VersG. bestimmt, daß, wenn ein Gericht das Ersuchen um eine Beweisaufnahme ablehne, das OLG. endgültig entscheide. Dabei ist das Wort „Ablehnung" nicht im engen Sinne zu verstehen, denn nach der Rechtspr. enthält jede dem Ersuchen nicht völlig entsprechende Ausführung bei erfolgter Vorstellung des ersuchenden Gerichts eine teilweise Ablehnung. (Im vorliegenden Falle verneint, da das AG. in Übereinstimmung mit dem ersuchenden Rentenausschuß angenommen hatte, daß Schreibgebühren nicht zu den erstattungspflichtigen baren Auslagen i. S. des § 323 a. a. O. gehörten. Die Beschwerde des Generalstaatsanwalts wurde daher, obwohl sachlich begründet, als unzulässig verworfen.) Vgl. wegen der Erstattungsfähigkeit von Schreibgebühren im Rechtshilfeverfahren zwischen Organen der AngestVers. und Gerichten auch LG. Gießen 27. 3. 17, HessRspr. 18, 130.

2. Erstattung von Zeugengebühren im Rechtshilfeverkehr mit Österreich. Dresden 15. 2. 15, JW. 17, 375, SächsOLG. 37, 361. Ein österreichisches BezG. hatte auf Ersuchen eines sächs. AG. eine Zeugin vernommen und diese für Zeitversäumnis 2 Kr. gefordert, die ihr nicht ausbezahlt wurden. Das Ersuchen des BezG. um Einziehung und Übersendung dieser Zeugengebühr wurde von dem AG. abgelehnt, weil nach Maßgabe des Haager Abk. über den ZP. v. 17. 7. 05 (RGBl. 1909, 410) und der im Anschluß hieran mit Österreich getroffenen Vereinbarung v. 27. 5. 10 (RGBl. 872) Zeugengebühren im Rechtshilfeverkehre nicht zu erstatten sind. Das OLG. hat dies auf den gemäß § 160 gestellten Antrag des BezG. auf Grund Art. 16 Abs. 1 u. 2, 23 Abs. 2 Haager Abk. gebilligt.

§ 179.

Ungebührliche Verteidigung. Hamburg 23. 11. 16, LeipzZ. 17, 356. Das AG. hat den Angekl. wegen Ungebühr in Strafe genommen, weil er im Schlußwort erklärt hat, daß er den Beamten F., wegen dessen Beleidigung er angeklagt war, nicht als Beamten, sondern als Privatmann angegriffen habe und daß er ihn nicht anders bezeichnen könne, als angegeben sei. Damit hat der Angekl. in der Sache seinen Angriff gegen den Zeugen aufrecht gehalten. Da aber dies offenbar seiner persönlichen Auffassung entsprach und von ihm in einer in der Form nicht verletzenden Weise bei gehöriger Gelegenheit kundgegeben ist, so hat der Angekl. durch seine Äußerung die Würde des Gerichts nicht verletzt und sich dadurch keiner Ungebühr vor Gericht schuldig gemacht.

§ 180.

Anwaltsungebühr. München 12. 2. 17, BayRpflZ. 17, 228. Der Vorsitzende hatte die Bezugnahme auf das schriftl. Beweisangebot beanstandet, weil dort bloß gesagt war: „Der Wert wird auf Bestreiten durch einen gerichtl. Sachverständigen erwiesen"; das sei ungewöhnlich. Der RA. erwiderte im gereizten Ton: „Das kann ich auch so machen" und auf Abmahnung wegen der Gereiztheit: „Das möchte ich mit größerem Recht Herrn Direktor zurückgeben." Das Gericht verhängte eine Ordnungsstrafe von 20 M., die Beschwerde blieb erfolglos. Die Ungebühr erhellt sowohl aus dem gereizten, also gegen das Gericht ungeziemenden Ton, als auch aus dem Inhalt der zweiten Erwiderung: Das möchte ich usw.

§ 182.

Zuständigkeit für Bestrafung wegen Ungebühr. Hamburg 13. 10. 16, LeipzZ. 17, 149, SeuffA. 72, 69. Der Beschwerdeführer wurde in einer Strafsache von dem mit der Wahrnehmung des Termins beauftragten Referendar als Zeuge vernommen. Das Protokoll schloß mit den Worten: „eine Bestrafung des Zeugen wegen Ungebühr bleibt vorbehalten". Demnächst berichtete der Referendar an den aufsichtführenden Richter schriftlich über die Vorgänge, worauf der Richter den Beschwerdeführer wegen Ungebühr in Strafe nahm. OLG. hob auf: Der Beschluß entspricht dem Ges. deshalb nicht, weil er von einem Richter erlassen ist, der in dem Termine nicht die Sitzungspolizei ausgeübt hat. Aus § 184 GVG. ergibt sich, daß nur der amtierende Richter, hier also der Referendar, die Strafe verhängen konnte, wozu er auch gemäß § 5 des hamb. AGGVG. befugt war.

§ 184.

Bis zu welchem Zeitpunkt ist der Strafbeschluß zulässig? Posen 10. 1. 17, PosMSchr. 16, 128. (Der Strafbeschluß war unter Beurkundung der Veranlassung erst verkündet worden, nachdem der verhandelnde Richter die Beweisaufnahme bewirkt und einen neuen Verhandlungstermin anberaumt hatte.) Eine Aufnahme in das Protokoll i. S. des § 184 findet nicht statt, wenn zwar die Beurk. vor dem äußeren Abschluß des Protokolls, nämlich der Unterzeichnung durch die Urkundspersonen erfolgt, dies aber nur geschieht und nur geschehen konnte, indem eigens zum Zwecke dieser Beurk. das Pr. noch weiter geführt wird nach der urkundl. Feststellung aller der — dem Strafbeschluß zeitlich vorangegangenen — Vorgänge, die in ihrer Gesamtheit die abschließende Verhandlung der Sache ergeben, über die das Pr. aufzunehmen ist.

§ 199.

Zulässigkeit der Vernehmung des Amtsrichters darüber, daß dieser von den Schöffen überstimmt worden. (Es handelte sich um den Erlaß eines Haftbefehls wegen unentschuldigten Ausbleibens des Kl. in der Hauptverhandlung.) **RG.** 17. 10. 16; 89, 14, JW. 17, 166, LeipzZ. 17, 123, SeuffA. 72, 262. RGStrafs. 26, 202 hat nur ausgesprochen, daß mit Rücksicht auf die Unabhängigkeit des Richteramts und die den Richtern obliegende Pflicht, über den Hergang der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten, nach dem Zusammenhang der Vorschriften des GVG. und der

Prozeßordnungen es grundsätzlich unzulässig sei, die beteiligten Richter über die Art und Weise des Zustandekommens des Richterspruchs als Zeugen zu vernehmen. Die Entsch. hat jedoch die Frage offengelassen, ob nicht dieser Grundsatz höheren Interessen der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung, namentlich bei Untersuchungen wegen Rechtsbeugung, bei Rückgriffsprozessen gegen Richter und in ähnlichen Fällen zu weichen habe. Eine solche Ausnahme in den Zivilprozessen wegen Amtspflichtverletzungen der Beamten zuzulassen, entspricht der Rechtsordnung und dem Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten.

Die Entsch. wird bekämpft von a) Brauer, JW. 17, 132: Sie übersieht, daß die Interessen der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung, abgesehen höchstens von strafgerichtl. Untersuchungen wegen Rechtsbeugung niemals höher sein können, als das Interesse an der in RGStraff. 26, 202 als oberster Grundsatz unserer Rechtspflege bezeichneten richterl. Unabhängigkeit, welcher die Wahrung des Beratungsgeheimnisses verlangt.

b) Ebenso v. Liszt, JW. 17, 166, Anm. 15. Freilich würde, wenn man die Vernehmung der Beteiligten völlig ausschließt, Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung, die sich auf die Tatsache der Abstimmung stützen, wegen mangelnden Beweises vielfach unmöglich sein. Es scheint mir aber, daß dies Übel geringer wäre, als die vom RGStraff. so scharf betonte Gefährdung der richterl. Unabhängigkeit.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 24.

Recht eines Russen, während des Krieges in Deutschland zu klagen. Breslau 15. 12. 16, BreslauAK. 17, 23. Wenn auch in Rußland durch eine Plenarentsch. des Kassationshofes v. 9. 2. 15, die nach Art. 815 der russ. ZPO. die Kraft eines Gesetzes hat, dahin entschieden sein sollte, daß die Untertanen der mit Rußland kriegführenden Staaten kein Recht auf gerichtl. Schutz in Rußland haben (Klibanski, Die russ. Kriegsgesetze 33ff.) und an diesem Standpunkt dort auch jetzt noch festgehalten werden würde, so besteht damit noch nicht der gleiche Rechtszustand russ. Staatsangehörigen gegenüber auch in Deutschland. Denn das Vergeltungsrecht tritt nach deutschem Recht nicht ohne weiteres ein, so daß es den Gerichten freisteht, es von selber zu üben, sondern es muß gemäß § 24 EGZPO. unter Zustimmung des Bundesrats erst durch den Reichskanzler bestimmt werden, daß gegen einen ausländ. Staat und seine Angehörigen ein Vergeltungsrecht zur Anwendung zu bringen ist (**RG.** 29, 129). Eine solche Anordnung ist aber Rußland gegenüber nicht ergangen. (Die Voraussetzungen der Bek. v. 7. 8. u. 19. 11. 14 waren nicht erfüllt.)

Zivilprozeßordnung.

Allgemeine Vorbemerkungen. 1. *Höniger, Riskante Rechtsausübung. Ein Vorschlag zum Ausbau unserer Rechtspflege, Tübingen 1917. Die Ausübung von Gestaltungsrechten ist häufig von Werttatbeständen abhängig. Wer nach § 626 BGB. kündigen will, muß sich auf eigenes Risiko darüber schlüssig werden, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Sein Urteil ist aber völlig unmaßgeblich. Im Streitfalle kommt es darauf an, welche Bewertung später der Richter vornehmen wird. Der Handelnde muß also diesen späteren Wertentscheid des Richters zu erraten suchen. Nun gibt es aber innerhalb gewisser Schwankungsgrenzen viele Werturteile, die noch als richtig bezeichnet werden können. Die Natur des Werturteils erfordert es, daß ein Subjekt vorhanden ist, das dieses Werturteil maßgeblich fällt. Wie an Beispielen gezeigt wird, besteht gegenwärtig ein wahrer Notstand der Rechtsverwirklichung dort, wo es sich um Gestaltung künftiger Rechtslage

handelt und die Voraussetzungen dafür auf Werttatbeständen beruhen. Durch solches Handeln auf schwankender Rechtsgrundlage werden Wirtschaftswerte zerstört und wirtschaftliche Kräfte lahmgelegt. Es ist z. B. dringendes Verkehrsbedürfnis, daß dem Käufer, der wandeln will, die sofortige Herbeiführung einer Entscheidung darüber möglich ist, ob der Mangel erheblich ist oder nicht. Es wird daher die Schaffung von Organen vorgeschlagen, die solche Wertentscheide in bindender Weise maßgeblich fällen. Es würde hierzu ein Ausbau unserer Rechtspflege zweckmäßig erscheinen, der sich der freiw. G. anschließt. Vielfach wird hier ein Gebiet für sachverständige Laienrichter sein. — Die ganze Schrift durchzieht der Gedankengang: Den Mann des Wirtschaftslebens interessiert nicht die Technik des Prozesses, sondern die Verwirklichung seines Rechtes. Daher muß alle Erneuerung der Rechtspflege nicht so sehr von den Erörterungen der Einzelheiten der Prozeßtechnik wie von dem Gedanken der Verwirklichung des materiellen Rechtes ausgehen.

2. Hierzu a) Zeiler, Eine neue Aufgabe der freiw. Gerichtsbarkeit, DNotV. 17, 309. Empfohlen wird die Übertragung der Entsch. auf den Amtsrichter als die regelmäßige Stelle der freiw. G. und die Erweiterung des Hönigerschen Vorschlages über die Fälle von Werttatbeständen hinaus. Das Bedürfnis besteht überall da, wo ein Beteiligter nach irgendeiner Richtung vor der Frage steht, wie er eine gegebene Sach- und Rechtslage zu beurteilen habe, um danach sein Rechtshandeln einzurichten. (Vgl. z. B. §§ 542, 119 BGB.) Es wird gezeigt, daß die Rechtsbehelfe der Beweissicherung (§§ 485 ff. ZPO.) und der Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) unzulänglich seien und für den Beteiligten nur ein Richterspruch über den festgestellten Sachverhalt Wert habe. In diesen Fällen beschränkt Zeiler die Anrufung des ordentl. Gerichts nicht auf den Fall „gröblichen Fehlgreifens" des Friedensrichters, wie Höniger, bei Anfragen über einen Werttatbestand, sondern nur durch Kosten- und Schadensersatzfolge.

b) Nachschrift der Schriftleitung a. a. O. 328. Noch viel größer wie bei Werturteilen ist die Unsicherheit über das eigene Recht bei Zweifelhaftigkeit des Tatbestandes. Es genügt nicht, wie vorgeschlagen worden, dem RA. das Recht beizulegen, die Gegenpartei unter der Androhung von Versäumnisfolgen zur Erklärung über eine Forderung aufzufordern. Es muß auch möglich sein, die Wahrheit der gegenseitigen Behauptungen zu ermitteln. Hierzu dient die materielle Zeugenvernehmung, der bis jetzt aber die unentbehrlichen Gegenstücke, der außerprozeßl. Erklärungszwang, sowie der Zeugenzwang fehlen. Vgl. auch Zeiler, Handeln auf schwanken Rechtsgrundlagen, RuW. 6, 168.

3. Einführung in die ZPO. Fischer, Lehrb. d. Zivilprozeß- u. Konkursrechts, 1918.

4. Führung der Zivilprozeßlisten in Württemberg. WürttZ. 17, 69, 103.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

§ 3.

1. Feststellungsklagen. A. Im allgemeinen. a) Positive Feststellungsklagen. KG. 9. 11. 16, KGBl. 17, 11 hält an den Grundsätzen **RG.** 66, 424 fest. In der Regel ist bei ziffernmäßig bestimmten positiven FeststKlagen davon auszugehen, daß der Streitwert dem des Leistungsanspruchs gleich ist. Wenn die FeststKlage keine summenmäßige Angabe enthält, ist der Streitwert nach freiem Ermessen zu schätzen.

b) Negative FeststKlagen. **RG.** 27. 4. 17, WarnE. 17, 445 hält an der ständ. Rechtspr. (12, 361; 71, 69, JW. 11, 816) fest, wonach für die Bemessung des Streitwertes der Betrag maßgebend ist, dessen sich der Bekl. nach der Angabe des Kl. berühmt hat.

c) Verschiedene Bemessung des Beschwerdegegenstandes bei der negativen FeststKlage, je nachdem der Kl. oder der Bekl. die Revision eingelegt hat, Hamburg 17. 10. 17, HansGZ. 17 Bbl. 300.

B. Besondere Fälle. a) Widerklage auf Feststellung der Richtigkeit eines Vertrages. Colmar 9. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 28. Streitgegenstand ist der gesamte Vertragsinhalt an sich, das ganze, aus Leistungen und Gegenleistungen bestehende Rechtsverhältnis, von dem die Widerkl. befreit sein wollen. Der Streitwert bestimmt sich daher nach dem Interesse, das die Widerkl. an der Befreiung von diesem Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit haben.

b) Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft und Unterhaltsgewährung. München (I) 8. 11. 16, JW. 17, 57, OLG. 35, 207. Der Sen. tritt der Anschauung des LG., daß der Streit um die Feststellung der unehelichen Vaterschaft nur vermögensrechtl. Natur sei und mit dem Anspruch auf Unterhaltsgewährung zusammenfalle, nicht bei, da die uneheliche Vaterschaft neben dem Unterhaltsanspruch selbständige Bedeutung besitzt (§§ 1310, 1719 BGB.) Im gegebenen Falle wurde daher § 10 Abs. 2 GVG. angewendet und der höhere vermögensrechtl. Anspruch zugrunde gelegt. — Anders München (III) 9. 5. 16, JDR. 15 I 9.

2. Herausgabe von Aktien mit Gewinnanteilscheinen und Bezugsrechten. München 17. 1. 17, OLG. 35, 22, SeuffA. 72, 198. Neben dem Kurswert der Aktien kommen die Gewinnanteilscheine nicht in Betracht, da Gewinnanteile die rechtl. Natur von Früchten und Nutzungen haben (GruchotsBeitr. 52, 1095). Dagegen ist das Bezugsrecht auf neue Aktien nicht als Frucht oder Nutzung des Aktienrechts zu erachten, denn es ist kein bestimmungsgemäßer, regelmäßig wiederkehrender Ertrag der Aktien; es entsteht auch nicht aus der Aktie selbst; zu seiner Entstehung haben andere Momente (Erhöhung des Grundkapitals, Beschluß der GenVers.) mitzuwirken (KG., OLG. 24, 140). Der Wert dieses Rechtes ist nach freiem Ermessen festzusetzen.

3. Herausgabe eines Hypothekenbriefs. **RG.** 14. 4. 17, LeipzZ. 17, 1072. Der Streitwert ist nach § 3 frei zu schätzen, wenn lediglich über den Herausgabeanspruch, nicht über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines dem Bekl. an der Hypothek eingeräumten Pfandrechts gestritten wird.

4. Klage auf vertragsmäßige Herbeiführung einer Hypothekenlöschung. München 19. 9. 17, R. 17 Nr. 1849. Streitwert nicht der Betrag der Hyp. oder der Kaufpreis des Grundstücks, sondern der zur Herbeiführung der Löschung erforderliche Aufwand, mangels besonderer Schadensbehauptung sind die formellen Löschungskosten maßgebend.

5. Feststellungsklage des Bürgen gegen einen Dritten (Schuldübernehmer) auf Ersatzpflicht für künftige Bürgschaftszahlung, wenn für die Hauptschuld eine Hypothek besteht. **RG.** 18. 5. 17, R. 17 Nr. 1663, 1664. Der Anspruch hat zwar zur Voraussetzung die Sicherstellung der HypForderung, diese Sicherstellung bildet jedoch nicht den Gegenstand des Rechtsstreits. Der Streitwert ist nicht nach § 6, sondern nach § 3 festzusetzen.

6. Lieferung einer gekauften Sache. Im allgemeinen. Hamburg 13. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 280. Interesse des Kl. und Wert des Streitgegenstandes sind nicht identisch (**RG.** 5, 410, JW. 00, 827). Wert des Streitgegenstandes ist die mit der Klage geforderte Leistung ohne Rücksicht darauf, daß es sich um einen zweiseitigen Vertrag handelt und der Kl. in dem Klageantrage seine Zug um Zug zu gewährende Gegenleistung ausdrücklich anbietet. Weder die Summe, noch der Unterschied beider Ansprüche ist maßgebend, sondern allein der Wert der geforderten Leistung (**RG.** 46, 422). Vgl. Ziff. 8.

7. Klage des Miterben aus § 2039 BGB. a) BayObLG. 3. 11. 16, BayRpflZ. 17, 88, LeipzZ. 17, 212, R. 17 Nr. 240, 241. Nur wenn die Erbengemeinschaft auf die Leistung eines bestimmten Geldbetrages an sich selbst klagt, kann dieser Betrag als Streitwert gelten. Klagt aber ein einzelner Miterbe auf Leistung eines Geldbetrages an alle, so ist der Streitwert nach dem Interesse des Kl. und dieses nach dem dem Erbteil des Kl. entsprechenden Anteil am Streitgegenstand zu bestimmen (**RG.** 33, 427; 38, 421, WarnE. 08, 540; 12, 311; 13, 293). Ebenso Hamm 22. 9. 16, OLG. 35, 23, Karlsruhe 8. 5. 17, BadRpr. 17, 92; — alle in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtspr. des RG., an der

b) **RG.** 29. 3. 17, JW. 17, 720, LeipzZ. 17, 1182, R. 17 Nr. 1096, WarnE. 17, 283, vgl. Ziff. 4 zu § 2039 BGB. (vgl. auch GruchotsBeitr. 48, 1083 u. 53, 1004). Dagegen Herzfelder, JW. 17, 720. Es wird von einem juristischen Laien nie verstanden werden, daß — wie z. B. im Falle BayObLG. 3. 11. 16 — der Bekl. zur Zahlung von 14000 M. auf die Klage eines von 4 Miterben verurteilt wird und doch nur um 3500 M. durch dieses Urteil beschwert sein soll.

c) Besonders lag der Fall **RG.** 21. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 950, wo der Kl. von den Miterben Vollmacht zur Einziehung der Forderung erhalten hatte.

8. Milchlieferungsverträge. Breslau 18. 9. 17, OLG. 35, 188. Die Ansicht, daß nicht der Wert der zu liefernden Milch maßgebend lei, sondern die Höhe des Verdienstes, der durch Weiterverkauf der Milch erzielt werden könne (OLG. 35, 138), ist nicht beizutreten. Maßgebend ist der Wert der auf Grund des Kaufvertrags geforderten Leistung, das ist der Wert der zu liefernden Milch (JW. 04, 341).

9. Festsetzung des Streitwerts der Nebenintervention. Dresden 3. 11. 16, OLG. 35, 163, SächsOLG. 38, 203. Wenn auch der Nebenintervenient wirtschaftlich sein eigenes Interesse verfolgt, so tritt er doch prozeßrechtlich der einen oder der anderen Partei des Rechtsstreites bei. Daher ist der Streitwert für seine Kosten nicht anders festzusetzen, als für die der Parteien selbst, einerlei, ob sein wirtschaftl. Interesse dem der Hauptparteien gleichsteht oder geringer oder höher ist als dieses.

10. Rechnungslegung. Rostock 30. 12. 16, MecklZ. 35, 302. Der bei einer Klage auf Rechnungslegung gemäß § 3 ZPO. frei zu schätzende Wert des Streitgegenstandes richtet sich nach dem Interesse, das der Kl. daran hat, daß ihm durch die Rechnungslegung die Begr. eines Anspruchs auf Zahlung erleichtert wird. (Im gegebenen Falle beanspruchte der Kl. von einem angeblichen Geschäftsgewinne von 200000 M. 15 v. H., der Streitwert wurde auf 10000 M. bestimmt.)

11. Schadensersatzklagen, wenn die Feststellung der Schadenshöhe in erster Linie dem richterl. Ermessen überlassen ist, und nur vorsorglich ein bestimmter Schadensbetrag genannt wird. Darmstadt 22. 12. 16, HessRspr. 18, 34. Wird die Festsetzung der Höhe des Schadens in erster Linie dem richterl. Ermessen überlassen, vorsorglich aber ein bestimmter Betrag begehrt, so ist letzterer nicht etwa als die untere Grenze anzusehen, auf welche mindestens die Klage gerichtet ist, sondern es ist davon auszugehen, daß sich der Kl. mit jeder Summe einverstanden erklärt habe, welche das Gericht nach den zu ermittelnden Umständen des Falles demnächst als Schadensersatz zubilligen werde. Bezüglich des Streitwerts entscheidet also gemäß § 3 ZPO. das freie richterl. Ermessen, wobei die vorsorglich genannte Summe und die in der Klageschrift enthaltenen tatsächl. Behauptungen als Anhaltspunkte für die Wertbemessung dienen können, ohne daß sie jedoch unbedingt maßgebend sind (JW. 91, 178; 98, 385; 08, 340).

12. Aufhebung eines Schiedsspruchs. Hamburg 25. 11. 16, OLG. 35, 24. Dringt die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß § 1041 durch, so erreicht der Kl. lediglich die Möglichkeit, den Streit vor die ordentl. Gerichte zu bringen. Wie diese entscheiden werden, steht völlig dahin. Das Interesse des Kl. besteht lediglich in der Aussicht, einen späteren Obsieg zu erzielen. Der Streitwert ist daher nach § 3 festzusetzen.

13. Streitwert eines vor dem BG. abgeschlossenen, einen zweiten noch in erster Instanz anhängigen Rechtsstreit miterledigenden Vergleichs. Karlsruhe I 29. 11. 16, BadRpr. 17, 1, JW. 17, 56, OLG. 35, 207. Die gemäß § 23 GKG. zum Ansatz kommende Entscheidungsgebühr kann der Natur der Sache nach stets nur vom Wert des in der jeweiligen Instanz zur Entscheidung stehenden Streitgegenstandes erhoben werden, der sich zufolge § 9 GKG. u. §§ 3 ff. ZPO. lediglich nach den bei der Verhandlung des Rechtsstreits gestellten Parteianträgen bestimmt. — Abgelehnt wurde a) Karlsruhe II 19. 5. 15, BadRpr. 15, 115, wonach die Vergleichsgebühr unter Berücksichtigung des miterledigten landgerichtl. Rechtsstreits gemäß § 5 ZPO. von dem höheren Streitwert zu erheben sein würde, — da mit Bezug auf den landgerichtl. Prozeß der Vergleich unmöglich

als ein vor dem Prozeßgericht abgeschlossener angesehen werden könne, b) Karlsruhe IV 30. 10. 09, BadRpr. 09, 254, sowie **RG.** 19. 12. 95; 36, 404 u. 12. 6. 01, JW. 01, 514, die gemäß §§ 2 Abs. 3, 101 GKG. das Landesrecht entscheiden lassen, soweit der Vergleich über den Inhalt des anhängigen Prozeßverfahrens hinausgeht, — da das badische Landesrecht von dieser Möglichkeit noch keinen Gebrauch gemacht habe. Vgl. Karlsruhe 10. 2. 17, BadRpr. 17, 80 u. JDR. 14 B9, sowie 15 II 14 zu § 91 ZPO. — Gegen die Hereinziehung der übrigen Prozesse auch Hamburg 15. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 228 und Kiel 22. 5. 17, SchlHolstAnz. 17, 191.

§ 6.

1. Berechnung des Grundstückwerts. Berücksichtigung der Wirtschaftserlaubnis. Breslau 10. 2. 17, OLG. 35, 24. Der Kl. begehrte die Rückgabe mehrerer dem Gastwirtschaftsgewerbe gewidmeter Grundstücke wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags, in dem der Preis der Grundstücke auf 43000 M. vereinbart und bestimmt war, daß der Käufer weitere 15000 M. auf die Gastwirtschaftserlaubnis zu zahlen habe. Das LG. setzte den Streitwert auf 43000, das OLG. auf 58000 M. fest. Als wertsteigernde Eigenschaft der Grundstücke ist anzusehen, daß auf ihnen mit Erlaubnis der Behörde Gastwirtschaft betrieben wird. Wenn **RG.** 49, 321 den Wert der Erlaubnis für die Stempelberechnung für unerheblich erklärt, so kann dahingestellt bleiben, ob die Begründung des RG. überzeugend ist. Denn bei der Stempelberechnung handelt es sich darum, die Höhe des Kaufpreises zu bestimmen, während es sich bei § 6 ZPO. darum handelt, den Wert des Grundstücks zu bestimmen, wobei nicht rechtliche, sondern wirtschaftl. Erwägungen maßgebend sind.

2. Streitwert, wenn Wandlung und hilfsweise die Folgen der Wandlung geltend gemacht werden. Braunschweig 29. 6. 17, BraunschwZ. 64, 115, OLG. 35, 163. Die Folgen der Wandlung, die über die Einwilligung in die Rückgängigmachung des Vertrages hinausgehen, sind besonders zu bewerten.

3. Wert eines Überbaustreits. **RG.** 2. 12. 16, R. 17 Nr. 242, 243, 259. a) Die Preiserhöhung infolge des Krieges für Baumaterialien und Arbeitslöhne bedingt keineswegs eine entsprechende Erhöhung des Wertes der früher errichteten Gebäude. Man kann vielmehr eher sagen, daß eine nicht unerhebliche Wertverminderung wegen des Darniederliegens des Grundstücksmarkts eingetreten ist.

b) Die Ablösungsforderung des Bekl. kann nur in Betracht kommen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Kl. im Falle des Obsiegens des Bekl. wirklich bereit oder genötigt wäre, für die Gebäudeteile über 4000 M. zu zahlen, und daß sie sich nicht vielmehr auf andere Weise helfen könnte.

4. Gesamtstreitwert bei Entscheidung über mehrere Vollstreckungsbeschwerden hinsichtlich eines Versteigerungserlöses in einem Beschlusse. München 22. 12. 16, R. 17 Nr. 244. Für die Gerichtsgebühr des die verbundenen Beschwerden miteinander erledigenden Beschlusses kann nach dem Grundsatz des § 6 ZPO. nicht die sonstige Zusammenrechnung (§ 5 ZPO.) in Frage kommen, sondern nur der einheitliche und einmal anzusetzende gemeinsame Pfandwert, denn mehr können die Beschwerdeführer zusammen auch im günstigsten Falle nicht erhalten.

§§ 8, 9.

1. Räumungsklagen. § 9a GKG. Dresden 11. 3. 16, OLG. 35, 24, SächsOLG. 37, 386. Nach § 9a GKG. muß das Bestehen oder die Dauer des Pacht- oder Mietverhältnisses den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. Dies ist bei der Klage des Vermieters auf Räumung vielleicht der Fall, wenn der Vermieter den Räumungsanspruch damit begründet, daß der Mietvertrag nichtig sei, oder vorzeitig (durch Rücktritt, fristlose Kündigung o. dgl.) geendigt habe, nicht aber, wenn er ihn darauf stützt, daß die vertragsmäßige Mietzeit abgelaufen sei (**RG.** 33, 1). Tut er das letztere, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen zu bestimmen.

2. Verhältnis des § 9 ZPO. zu § 9a GKG. **RG.** (VI) 30. 11. 16, JW. 17, 231, WarnE. 17, 93. Ob bei mehrfacher, auf Haftpflichtgesetz, Transportvertrag und §§ 823, 831 BGB. gestützter Begründung der Wert von Ansprüchen auf Entrichtung einer Geldrente, die nach den §§ 843, 844 BGB. oder nach den §§ 3, 3a, 7 HaftpflG. gefordert wird, nach § 9a GKG. oder nach § 9 ZPO. zu bestimmen ist, ist streitig und von RG. III in einem Beschlusse v. 2. 2. 12 III 538/10 in dem letzteren Sinne entschieden. Im gegebenen Falle war die Rente in der 3. Inst. nicht mehr aus dem Gesichtspunkt des Vertrages verlangt worden. Bei einer solchen Sachlage erscheint die Anwendung des § 9a GKG. selbst dann angemessen, wenn im übrigen der Ansicht des 3. Sen. zuzustimmen sein sollte.

3. Anwendung des § 9a GKG. für Renten, die auf Grund des KraftfahrG. verlangt werden. Cassel 14. 8. 16, LeipzZ. 17, 557. Die Ansprüche aus dem KraftfahrG. stehen denen aus dem HaftpflichtG. völlig gleich. Aus ihrer Nichterwähnung in § 9a kann nichts gefolgert werden, denn im Jahre 1898 waren die Ansprüche aus Kraftwagenunfällen noch nicht besonders geregelt. Sie waren nach §§ 843, 844 BGB. einzuklagen und unterfielen damit ohne weiteres dem § 9a.

4. Einfluß des Todes des Berechtigten. Dresden 6. 2. 17, SächsOLG. 38, 220. Der Umstand, daß durch das im Laufe des Rechtsstreits eintretende Ableben des Kl. der Rentenlauf zu einer Zeit aufhörte, als der Gesamtbetrag noch nicht das Fünffache des einjährigen Bezuges erreichte, ist ohne Einfluß auf die Berechnung des Streitwertes für die vorangehenden Prozeßabschnitte, sondern ergibt nur, daß von dem Ableben des Kl. an der Wert des Streitgegenstandes sich geändert hat.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

§ 16.

1. Bekannter Wohnsitz. LG. Mainz 3. 2. 17, HessRspr. 18, 22. Es genügt, wenn bewiesen wird, daß ein Wohnsitz und außerdem ein Aufenthaltsort im Deutschen Reiche nicht zu ermitteln ist. Es ist nicht notwendig, zu beweisen, daß der Gegner gegenwärtig überhaupt keinen Wohnsitz hat, — bei einer solchen Auslegung des Ges. wäre dem § 16 ZPO. fast jede praktische Bedeutung genommen. Vielmehr wird der allgemeine Gerichtsstand einer Person durch den letzten bekannten Wohnsitz bestimmt, wenn auf dem nach Lage der Sache vernünftigerweise einzuschlagenden Wege kein gegenwärtiger Wohnsitz und kein im Deutschen Reiche gelegener Aufenthaltsort zu ermitteln ist (**RG.** 27, 401, JW. 00, 410, OLG. 27, 17). — Wird nach Klageerhebung ein anderer Wohnsitz des Bekl. bekannt, so werden dadurch die Gültigkeit der früheren öffentlichen Zustellung, die Zuständigkeit des Gerichts und die Wirkungen des Rechtshängigkeit nicht beeinträchtigt.

2. Begriff des Aufenthalts. Hellmer (zum Begriffe „ständiger Aufenthalt" in der Entmündigungsordnung), AÖstGZ. 16, 424. Der Aufenthalt ist nach der Rechtspr. der deutschen Gerichte ein rein tatsächl. Verhältnis, bei dem es bloß auf das, wenn auch nicht gewollte, wenn auch nur vorübergehende, körperliche Sein einer Person an einem Orte ankommt.

§ 17.

Hamburg 3. 5. 17, LeipzZ. 17, 1373. Der § 17, an den sich § 22 ZPO. inhaltlich anschließt, umfaßt nur solche Ges. und Verbände, die als solche verklagt werden können. Zu diesen gehört die Gesellschaft des bürgerl. Rechts nicht.

§ 18.

Sitz der den Reichsfiskus vertretenden Behörde. LG. Straßburg 30. 10. 16, LeipzZ. 17, 85. Die den Reichsfiskus vertretende, in Straßburg i. E. befindliche Generaldirektion der Eisenbahnen in Elsaß-Lothringen hat gemäß Art. 3 des Staatsvertrages v. 11. 11. 02 (RGBl. 183) hinsichtlich der von ihr geführten Verwaltung luxemburgischer Eisenbahnstrecken, wofür eine besondere VerwAbtl. errichtet und ein besonderer

Beamter bestellt ist, ihren Wohnsitz in Luxemburg. Dieser zwischen Deutschland und Luxemburg geschlossene Staatsvertrag ist gegen jeden Dritten wirksam.

§ 21.

1. Klagen, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung „Bezug haben", **RG.** 23. 3. 17, BauersZ. 24, 170, LeipzZ. 17, 926, R. 17 Nr. 1097, WarnE. 17, 233, bedeutet nicht, daß die Klagen aus Rechtsgeschäften herrühren, die von der Niederlassung abgeschlossen sind. Das Anwendungsgebiet des § 21 ist vielmehr weiter und umfaßt alle Klagen, welche mit dem Geschäftsbetriebe der Niederlassung in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhange stehen (**RG.** 23, 428; 30, 328; 44, 357). Die erforderliche Beziehung der gegebenen Klage auf den Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung läßt sich nicht ohne weiteres abweisen, wenn die Behauptung der Kl. zutrifft, der Leiter der Niederlassung habe durch seine Vermittlung die fraglichen Geschäfte zustande gebracht.

2. Wohnsitz einer Versicherungsgesellschaft im Gegensatz zur „Niederlassung" derselben. Hamburg 13. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 60, JW. 17, 869, OLG. 35, 31. Bei jur. Personen kann als Wohnsitz i. S. des § 23 nur ihr Sitz angesehen werden; denn nur er ist der Ort, der für ihre Rechtsverhältnisse in bürgerl.-rechtl. und öffentl.-rechtl. Beziehung die gleiche allgemeine Bedeutung hat wie der Wohnsitz für die Rechtsverhältnisse der natürlichen Person (**RG.** 59, 107). Im gegebenen Falle war Leipzig für die Bekl. nur Niederlassung i. S. von § 86 Abs. 2 Nr. 3 des ReichsG. v. 12. 5. 01. Der Gerichtsstand des § 89 daselbst, der übrigens kein ausschließlicher ist, sondern nur nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden darf, ist kein Gerichtsstand des Wohnsitzes, sondern ein Gerichtsstand der Niederlassung nach Art von § 21 ZPO.; er ist nicht allgemein gegeben, sondern nur für Klagen aus dem inländ. Versicherungsgeschäft der Bekl.

§ 22.

Hamburg 3. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 288, R. 17 Nr. 1447. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf einfache bürgerl.-rechtl. Gesellschaften, z. B. Gelegenheitsgesellschaften, die nicht als solche verklagt werden können.

§ 23.

Kostenerstattungsanspruch eines Ausländers aus einem wegen desselben Anspruchs geführten Vorprozeß als Vermögen i. S. des § 23. Marienwerder 27. 11. 16, JW. 17, 869, OLG. 35, 72, PosMSchr. 17, 20. (Der Kl. war mit der Schadensersatzklage, die er gegen die in Österreich wohnhafte Bekl. vor dem LG. A. erhoben hatte, wegen örtl. Unzuständigkeit abgewiesen und hatte die Berufung am 3. 5. 16 zurückgenommen. Die neue Klage vor demselben LG. war Mitte April 1916 zugestellt und am 15. 5. 16 verhandelt worden. Das OLG. hielt die Zuständigkeit für gegeben.) Selbst wenn man annehmen wollte, daß der Bekl. der Kostenerstattungsanspruch erst mit der Rechtskraft des Vorprozeßurteils (3. 5. 16) als „Vermögen" zugewachsen wäre, wäre dies für die jetzige Zuständigkeit unerheblich, da sich dann zwar nicht zur Zeit der Klageerhebung Vermögen der Bekl. hier befunden hätte, wohl aber zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das jetzt angefochtene Urteil ergangen ist. Das genügt aber, da ein unzuständiges Gericht nachträglich die Zuständigkeit erlangen kann. — Demnach fragt sich nur noch, ob ein unbedingter Kostenerstattungsanspruch desselben Ausländers gegen denselben inländ. Kl. aus einem Vorprozeß über denselben Hauptanspruch den Gerichtsstand des § 23 begründet. Dabei ist im Gegensatz zum Obersten Gerichtshof in Wien (BöhmZ. 15, 55) davon auszugehen, daß einem derartigen Kostenerstattungsanspruch die Eigenschaft des „Vermögens" jedenfalls nicht abgesprochen werden kann. Die Frage ist daher zu bejahen, falls der Inländer mit dem Vorprozesse nicht gerade bezweckt hat, durch die Abweisung jener bewußt bei einem unzuständigen inländ. Gericht angebrachten Klage für eine demnächstige zweite Klage die Zuständigkeit aus § 23 arglistig herbeizuführen. (Wird verneint.)

§ 24.

Nicht unter § 24 ZPO. fallen Klagen auf Gewährung und Übertragung des Eigentums. München 20. 1. 17, SeuffA. 72, 166 (im gegebenen Falle aus dem Auftrage).

§ 29.

1. Erfüllungsort für den Schadensersatzanspruch wegen Rückgabe der Mietsache in vertragswidrigem Zustand. Hamburg 28. 6. 17, HansGZ. 17 Bbl. 229, JW. 17, 979. Ob der Kl. von der Bekl. die Wiederherstellung des vertragsmäßigen Zustandes selbst oder Schadensersatz in Geld beansprucht, ist rechtlich ohne Bedeutung, da nach § 29 ZPO. der Gerichtsstand für jede Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer streitigen Verpflichtung gegeben ist. Ebenso ist es ohne Bedeutung, daß im vorliegenden Falle die vermietete Sache selbst dem Kl. bereits zurückgegeben worden ist, da der Anspruch die nicht gehörige Erfüllung der aus dem Mietvertrage sich ergebenden Rückgabeverpflichtung betrifft. AM. Mittelstein, JW. 17, 979. Bei Schadensersatz wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache während der Mietsdauer kann man nicht von Ansprüchen wegen nicht gehöriger Rückgabe sprechen.

2. Für den Anspruch auf Futtergeld aus Verwahrungsverträgen. Braunschweig 29. 2. 16, BraunschwZ. 64, 113, OLG. 35, 164. Die Pflicht zur Erstattung der Aufwendungen ist gegenüber der Verpflichtung des Hinterlegers zur Rücknahme der aufbewahrten Gegenstände nur nebensächlich. Für sie ist deshalb derselbe Leistungsort maßgebend, der für die Rücknahme der aufbewahrten Gegenstände besteht (**RG.** 70, 99).

3. Gerichtsstand der Wandlungsklage nach Versteigerung der Kaufsache. a) Dresden 27. 9. 16, OLG. 35, 29, SächsOLG. 38, 187. Die streitige Verpflichtung i. S. des § 29 bildet die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung des Kaufpreises. Hierfür ist aber der Erfüllungsort dort gegeben, wohin die Ware auf Grund des Vertrages gelangt ist. Dies hat auch dann zugelten, wenn die Ware auf Antrag des Käufers versteigert und der Erlös an den Käufer ausgezahlt ist. Man könnte zunächst auf den Gedanken kommen, in diesem Falle trete der Erlös an Stelle der Ware und brauche der Kaufpreis, wie sonst nur gegen Rückgabe der Ware, nur gegen Rückgewähr des an ihre Stelle getretenen Erlöses zurückgezahlt zu werden (**RG.** 50, 272; 55, 111). — Dieser Gedanke muß aber an der Erwägung scheitern, daß es kein Zurückbehaltungsrecht an fälligen Geldforderungen wegen fälliger Geldleistungen gibt, die Erklärung eines solchen vielmehr die Bedeutung einer Aufrechnung hat (**RG.** 83, 140; 85, 110). — Die Schuld des Verkäufers aus der Wandlung ist Bringschuld geworden. — Dresden 31. 3. 16, SächsOLG. 37, 389, JDR. 15 II 2 u. grundsätzl.

b) gegen die herrschende Meinung u. **RG.** 55, 105; 57, 12 München 6. 6. 17, LeipzZ. 17, 1283. Der Sen. glaubt daran festhalten zu müssen, daß deshalb, weil im Falle der Wandlung die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zu machen sind, der Erfüllungsort für diese Leistungen nicht notwendig derselbe zu sein braucht, daß vielmehr wie bei den Ansprüchen aus anderen zweiseitigen Verträgen so auch bei den Ansprüchen aus der erklärten Wandlung jeweils der Wohnsitz des Schuldners oder der Ort seiner gewerblichen Niederlassung Erfüllungsort für die ihm obliegende Leistung ist. (Im Anschluß an Oertmann, BayRpflZ. 05, 10 und Recht der Schuldverhältnisse § 467 Anm. 4, sowie Förster, Komm. § 29 Bem. 3c I.)

c) Kriegsrecht. BRVO. v. 16. 12. 16 (RGBl. 1396ff.) betr. Verträge mit feindlichen Ausländern. Neuer Gerichtsstand des § 3. (Für Streitigkeiten über die Einwirkung des Krieges auf die Rechte und Pflichten aus einem Vertrage, den ein Deutscher mit einem Angehörigen eines feindl. Staates geschlossen hat, ist zuständig „auch" das Gericht, in dessen Bezirk der Deutsche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, oder, wenn er im Inland keinen allg. Gerichtsst. hat, das Gericht, in dessen Bezirk er sich dauernd aufhält.) Vgl. hierzu Fuld, R. 17, 66, Menner, LeipzZ. 17, 374, Schaps, DJZ. 17, 178, Wertheimer, JW. 17, 128.

§ 32.

1. Fortgesetzte Handlungen. Frankfurt 2. 11. 16, FrankfRdsch. 50, 142. Bei fortgesetzten Handlungen ist der Gerichtsstand der unerl. Handl. an jedem Ort gegeben, an welchem nur eine der Handlungen begangen, nur ein wesentliches Merkmal des Tatbestandes hervorgetreten ist (**RG.** 72, 41, GruchotsBeitr. 58, 473). Nur diese Tatsachen müssen von dem Kl. bewiesen werden, nicht aber bedarf es in dem Verfahren, in welchem bloß über die Zuständigkeit des Gerichts entschieden wird, auch des Beweises, daß diese Tatsachen sachlich den Klageanspruch begründen (**RG.** 29, 371, GruchotsBeitr. 58, 473).

2. Klage gegen den Schiffseigner nach §§ 3, 4 Nr. 3 Binnenschiffahrts-Ges. Darmstadt 15. 11. 16, HessRspr. 17, 295. Die behauptete unerlaubte Handlung der beiden Bootsführer bildet den wesentl. Klagegrund für die Inanspruchnahme auch des Schiffseigners, wenn auch dessen Haftbarkeit für diese Haftung auf die besonderen gesetzl. Vorschriften des BinnenschGes. gegründet wird. Die Zuständigkeit des § 32 ist nicht beschränkt auf Klagen gegen die Person, die als unmittelbarer Täter der unerlaubten Handlung in Betracht kommt; sie besteht auch für Klagen gegen eine Person, die für das von einer anderen Person begangene unerlaubte Tun gesetzlich zu haften hat, wie z. B. gegen die Schiffseigner im Fall des § 4 Nr. 3 des BinnenschGes. (**RG.** 6, 384; 15, 128; 17, 93; 19, 384, JW. 99, 222).

3. Verhältnis zu § 24 UnlW. Hamburg 15. 10. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 24 UnlWG.

4. Verbindung mit anderen Klagegründen. Hamm 6. 12. 16, R. 17 Nr. 426. Der Kl. kann die Zuständigkeit für einen Klageanspruch nicht dadurch erreichen, daß er die rechtlich oder tatsächlich unrichtige Behauptung aufstellt, es liege auch eine unerl. Handl. vor, und so den Klagegrund der unerl. Handl. mit jenem anderen verbindet.

§ 33.

1. Voraussetzung der Zulässigkeit der Widerklage im allgemeinen. Dresden 20. 3. 16, SeuffA. 72, 200. Voraussetzung nicht bloß des besonderen Gerichtsstandes, sondern auch der Zulässigkeit der Widerklage ist der rechtl. Zusammenhang des Anspruchs der Widerklage mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen diesen vorgebrachten Verteidigungsmitteln. Das ist die herrschende, durch die Entstehungsgeschichte des § 33 ZPO. gerechtfertigte Annahme, an der das RG. — ungeachtet der in 46, 424 angeregten Zweifel — in ständiger Rechtspr. und in Übereinstimmung mit der Rechtslehre festgehalten. — Ein rechtl. Zusammenhang zwischen dem Klageanspruch und dem Anspruch der Widerklage besteht, wenn beide Ansprüche entweder Ausflüsse desselben Rechtsverhältnisses sind, oder wenn sie sich gegenseitig bedingen. (Gruchots Beitr. 42, 118. — Verneint im gegebenen Falle, wo der Klage ein Garantieübernahmevertrag, der Widerklage die zwischen den Parteien abgeschlossenen Pachtverträge sowie eine angebliche Schadenszufügung durch unerl. Handl. zugrunde lagen. Auch ein Recht zur Zurückhaltung wurde verneint.)

2. Widerklage gegenüber unwirksamer Klage. **RG.** 7. 12. 16, JW. 17, 295, R. 17 Nr. 427. Daß die Widerklage für unzulässig zu erachten wäre, wenn für die Klage nicht sämtliche Prozeßvoraussetzungen vorliegen, ist weder aus § 33 noch aus sonstigen Vorschriften der ZPO. zu entnehmen. Demnach steht der Umstand, daß dem Kl. im Zeitpunkte der Klage die Prozeßfähigkeit gefehlt hat und aus diesem Grunde die Klage abgewiesen werden muß, an sich der Zulässigkeit einer Widerklage nicht entgegen, nur müssen für die Widerkl. selbst die Prozeßvoraussetzungen vorhanden, die Klageparteien also bei Erhebung der Widerkl. prozeßfähig sein. (Im gegebenen Falle hatte ein wegen Geisteskrankheit Prozeßunfähiger geklagt und sodann nach seinem Tode der in den Prozeß eingetretene Erbe lediglich die Unzulässigkeit der Klageerhebung wegen jenes Mangels geltend gemacht, nach Verlesung der Anträge aus der Klage und der Widerklage war die Klage zurückgenommen worden. — Heinsheimer, JW. 17, 295 Anm. macht demgegenüber geltend, es liege nicht i. S. des Ges., wenn man den Kl. auch dann zwinge, einer Widerkl.

standzuhalten, wenn die von ihm erhobene Klage zu einer gleichzeitigen Erledigung des von ihm erhobenen Anspruchs wegen prozessualer Mängel gar nicht führen könne.

§ 36.

1. Tragweite der Bestimmung nach § 36 Nr. 3. **RG.** 13. 3. 17, JW. 17, 602, R. 17 Nr. 1114, WarnE. 17, 187. Wer Kl. ist und ob die Klagepartei aus einer oder mehreren Personen besteht, ist für die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 Nr. 3 ZPO. bedeutungslos, es kommt nur darauf an, zu bestimmen, wo unter den dort angegebenen Voraussetzungen Klage gegen mehrere Personen als Bekl. erhoben werden soll. Der hierfür ein Gericht bestimmende Beschluß behält — die Identität des angestrengten Prozesses mit der im Beschlusse bezeichneten Streitsache vorausgesetzt — deshalb seine Wirkung, auch wenn der Antragsteller nicht allein als Kl. auftritt, sondern (wie im gegebenen Falle) mit ihm in Rechtsgemeinschaft stehende Personen auch Klage erheben. — Gleich bedeutungslos ist es auch, daß auf Feststellung des klägerischen Anspruchs zu einem geringeren, als dem im Beschlusse angegebenen Betrage geklagt ist.

2. BayObLG. 5. 7. 16, JDR. 15, 1 jetzt auch SeuffA. 72, 329.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38.

1. Tatfrage, ob bei einer Vereinbarung nach § 38 ZPO. die ausschließliche Zuständigkeit gewollt war. Colmar 21. 2. 16, ElsLothJZ. 17, 42. Auch wenn man unterstellt, daß die Abrede — tout différend sera jugé par le tribunal de commerce de Lyon — als vereinbart zu gelten hat, kann nicht angenommen werden, daß dieser Gerichtsstand ein ausschließlicher sein sollte. Zu dieser Annahme zwingt weder der Wortlaut, noch ist sachlich anzunehmen, daß, wenn auch der Verkäufer sich die Befugnis wahren wollte, gegen den Käufer in Lyon vorzugehen, wo ein Gerichtsstand ohne eine dahingehende ausdrückliche Vereinbarung nicht begründet wäre, darüber hinaus eine so tief einschneidende Bestimmung getroffen werden sollte, daß auch der Kl. alle Ansprüche, die ihm gegen den Verkäufer erwachsen konnten, ausschließlich in Lyon geltend machen müßte. Die Vereinbarung über die Zuständigkeit des Lyoner Gerichtes ist in Frankreich getroffen worden. An dieser Vereinbarung hatte nicht der Käufer, sondern der Verkäufer ein Interesse. Seine Sache war es, der Vereinbarung eine so klare Ausdrucksweise zu geben, daß jeder Zweifel ausgeschlossen war (Art. 1162 Cc, JW. 08, 488, OLG. 6, 384). Vgl. auch JDR. 15, 2 u. 3 u. BayObLG. 15. 6. 17, R. 17 Nr. 1448 (Verpachtung eines in Österreich gelegenen Lagerplatzes seitens der Österreich. Südbahn an einen deutschen Kaufmann unter Vereinbarung des Wiener Gerichtsstandes), wo ausschließl. Zuständigkeit angenommen wurde.

2. BayObLG. 15. 6. 17, BayObLG. 18, 118. Vertragsklausel, daß, soweit nicht ein ausschließl. Gerichtsstand besteht, für alle Rechtsstreitigkeiten in erster Instanz die sachl. zuständigen Gerichte Wien und von den Bezirksgerichten ausschließlich das BezG. „Innere Stadt" zuständig sein solle.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

§ 42.

Ablehnung wegen früherer ungünstiger Entscheidung sowie eines ganzen Gerichts. BayObLG. 10. 10. 17, R. 17 Nr. 2038. Ablehnungen mit der Begründung, daß der Abgelehnte an einer früheren ungünstigen Entscheidung mitgewirkt habe, brauchen ebensowenig wie Ablehnungen eines ganzen Gerichts berücksichtigt zu werden. Solche Ablehnungen, welche geeignet sind, den regelmäßigen Gang der Rechtspflege zu hemmen, gestattet das Ges. nicht. Das OLG. hätte daher die Ablehnung unter Mitwirkung der namentlich abgelehnten Richter abweisen können. Vgl. JDR. 15, I 1 u. BayObLG. 4. 6. 17, BayObLG. 18, 108, R. 17 Nr. 1450, 1451.

§ 48.

Keine Beschwerde im Falle des § 48. Cöln 30. 12. 16, OLG. 35, 31. Hat ein Richter von einem Verhältnis Anzeige gemacht, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte, so steht ihm gegen die Entscheidung, die einen Ablehnungsgrund nicht für gegeben erachtet, keine Beschwerde zu. Der § 48 sieht im Gegensatz zu § 46 ein Beschwerderecht nicht vor, die Voraussetzungen des § 567 sind nicht gegeben, und eine analoge Anwendung des § 46 erscheint nicht zulässig.

Erster Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Schrifttum: I. Ebbecke, Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung, GruchotsBeitr. 61, 558. — Grünebaum, Die gesetzliche Vertretung des Fiskus, ein Beitrag zur Vereinfachung der Rechtspflege, DJZ. 17, 962. (Empfiehlt eine Vorschrift dahin, daß die gesetzliche Vertretung des Fiskus, wenn eine Behörde klagt oder verklagt wird, nur auf Rüge zu prüfen und dann das Verfahren auszusetzen ist, bis die einzuholende Entscheidung der vorgesetzten Behörde ergeht oder die zuständige Behörde eintritt.) — Josef, Über die Prozeßfähigkeit Geschäftsbeschränkter in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit, WürttZ. 17, 233. — Derselbe, Der Parteibegriff in der freiw. Gerichtsbarkeit, ZBlFG. 18, 188. — Siber, Die Prozeßführung des Vermögensverwalters nach dem BGB. 1917 (vgl. IheringsJ. 67, 195.) — Walker, Über Gegenseitigkeit und Vergeltungsrecht, AÖstGZ. 17, 314 und die dort Angeführten.

II. Über die prozessuale Stellung der Geschäftsaufsichtsperson nach der BRVO. v. 14. 12. 16 sind zu vergleichen Bovensiepen 1917, Cahn 1917, Hallbauer, LeipzZ. 17, 115 und R. 17, 104, Jäger 1917 und JW. 17, 66, Klien 1917, Klimmer 1917, Levy (2) 1917 und Zweigert 1917; Kriegsbuch 4, 749 5, 56.

§ 50.

Überleitung eines nichtrechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen. **RG.** 8. 3. 17, R. 17 Nr. 851. Fortsetzung des alten Vereins unter bloßer Änderung seiner Rechtsform angenommen und deshalb die Sachberechtigung für Handlungen des nicht rechtsfähigen Vereins bejaht im Anschluß an RG. 85, 256.

§ 51.

I. Prozeßführung des Vermögensverwalters. 1. Allgemeines. Siber, IheringsJ. 67, 195 weist nach, daß die Fragestellung in den Fällen der sog. Prozeßstandschaft, der Zulassung einer Prozeßführung über fremdes Rechtsverhältnis im eigenen Namen, regelmäßig eine unzulängliche ist. Die Frage, ob das Verwaltungsrecht ein der gerichtlichen Geltendmachung fähiges „eigenes" Recht des Verwalters ist, hat nichts mit den weiteren Fragen zu tun, ob der Verwalter Rechte des verwalteten Vermögens im eigenen Namen gerichtlich geltend machen kann und ob seine unmittelbar zur Verwaltung dienende Prozeßführung ein eigenes Recht oder ein solches des Vermögensinhabers zum Streitgegenstand hat (11). Zu unterscheiden sind drei Fälle der Prozeßführung des Verwalters: a) über eigene Rechte und Pflichten aus der geführten Verwaltung im eigenen Namen, — das ist gar keine Verwaltungshandlung (§ 2, S. 13—15); über Bestehen und Inhalt seines Verwaltungsrechts gleichfalls im eigenen Namen, — das ist eine mittelbare Verwaltungshandlung (§ 3, S. 16—37); über Rechte und Lasten des verwalteten Vermögens regelmäßig im fremden und nur in den gesetzlichen Sonderfällen der Prozeßstandschaft im eigenen Namen, — das ist auch letzterenfalls im Zweifel eine unmittelbare Verwaltungshandlung (§§ 4—6, S. 38—63). Insbesondere ist ein gesetzlicher Vertreter, dessen Vertretungsmacht sich auf die Prozeßführung erstreckt, zu einem Streit über Rechte und Pflichten des Vertretenen nur in dessen und nicht auch im eigenen Namen befugt. Die einzigen zweifellosen Fälle, in denen die dem Verwalter im eigenen Namen gestattete Prozeßführung Rechte und Lasten des verwalteten Vermögens und nicht etwa eigene Rechte und Pflichten des Verwalters betrifft, gehören dem ehelichen Güterrecht an

(§§ 1380, 1400 Abs. 2, 1443 Abs. 1 S. 2, 1454 vgl. §§ 1401, 1405, 1450, 1452, 1454 BGB.). Vgl. zu § 739 ZPO.

2. Insbesondere die Vertretereigenschaft des Konkursverwalters, Testamentsvollstreckers, Nachlaßpflegers. a) Siber, § 7 Zweifelsfälle (64—102). Die Antwort auf die Frage ergibt sich aus der Erwägung, daß beim Streit über fremdes Rechtsverhältnis die Stellvertretung Regel und die Prozeßstandschaft positivrechtl. Ausnahme ist. Eine Prozeßstandschaft ist in den zweifellosen Fällen des heutigen Rechtes nur egoistisch interessierten Verwaltern beigelegt worden, zu denen KonkVerw., TestVollstr., NachlVerw. und NachlPfl. des § 1960 BGB. nicht gehören, und sie dürfte auch von dem, in Zweifelsfällen zugleich als Auslegungsnorm für geltendes Recht geeigneten, Standpunkt einer gesunden Rechtspolitik aus für uninteressierte Verwalter weniger am Platze sein. Zudem besteht im Grunde Einverständnis darüber, daß eine Parteistellung des Verwalters in den genannten Fällen nicht ohne schwere prozessuale Unzulässigkeiten ernstlich durchzuführen ist. Für den Gerichtsstand, für den Ausschluß von Gerichtspersonen, für die Zeugnisverweigerung, für die unbeeidete Vernehmung von Zeugen usw. wären die persönlichen Verhältnisse des Verwalters maßgebend, die des Vermögensinhabers, also des alleinigen Interessenten, belanglos, und es wäre der unterliegende Verwalter in die Prozeßkosten zu verurteilen (69). — Es wird im einzelnen dargelegt, inwieweit der TestVollstr. und NachlPfl. als Vertreter des Nachlasses (71) anzusehen ist, der KonkVerw. für den Gemeinschuldner (78), der TestVollstr. zwar nicht im Namen des Erben (§ 728 Abs. 2 ZPO.), aber für den Nachlaß streitet (80ff.), ebenso der NachlVerw. des § 1975 BGB. (91), der NachlKonkVerw. (95). Der NachlPfl. der §§ 1960, 1961 ist nach der für außerprozessuale Rechtsverhältnisse zutreffenden herrschenden Meinung gesetzlicher Vertreter der noch ungewissen endgültigen Erben. Für Prozesse über Nachlaßrechte und -verbindlichkeiten wird er als Vertreter des Nachlasses anzusehen sein (97).

b) Ebbecke 581. Führt der KonkVerw. für die KonkMasse Prozesse, so ist als Prozeßpartei nicht der Gemeinschuldner, sondern der Verwalter anzusehen. Der gleiche Standpunkt erscheint auch hinsichtlich des NachlVerw. und des TestVollstr. berechtigt. (Es wird ausgeführt, daß diesen Personen nicht die Eigenschaft eines gesetzl. Vertreters zukomme.) Der Eigentümer der Masse kann nicht Prozeßpartei sein, da es ihm wegen des dinglich wirkenden Verfügungsrechts des Verwalters nicht möglich ist, irgendwie auf den Prozeßbetrieb einzuwirken. Es würde keinen Sinn haben, für den Fall, daß der Gemeinschuldner während des KonkVerf. stirbt oder prozeßunfähig wird, eine Unterbrechung des Prozesses anzunehmen, während die Unterbrechung bei einem Wechsel in der Person des Verwalters gemäß der hier entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 241 ZPO. durchaus am Platze ist. Daß der Nachfolger im Amte in den Prozeß eintreten kann, nicht einen neuen Prozeß anzustellen braucht, ergibt sich daraus, daß materiellrechtlich das Verfügungsrecht auf ihn übergeht. Es kann hiernach dem vom RG. 80, 418 und in der Rechtswissenschaft namentlich von Stein vertretenen Standpunkt trotz der vielfach hiergegen erhobenen Angriffe (Jäger, § 6 KO. Anm. 5ff. und Männer, LeipzZ. 16, 504 und 785) nur beigepflichtet werden, daß den bezeichneten Verwaltern in den die verwaltete Masse betreffenden Prozessen die Parteistellung als Kl. oder Bekl. kraft Amtes zukommt. Vgl. JDR. 15, 1.

3. Aus der Rechtsprechung. a) Parteifähigkeit des klagenden Testamentsvollstreckers. Hamburg 29. 3. 17, LeipzZ. 17, 1373. Wie für das geltende Recht die herrschende Meinung und namentlich die Rechtsprechung des RG. mit Recht ständig annimmt, daß der TestVollstr. in Prozessen, die er für den Nachlaß führt, selbst Partei ist, so ist auch für das frühere hamburgische Recht anzunehmen, daß der TestVollstr. nicht Vertreter der Erben war, sondern seine Amtspflichten und Befugnisse aus eigenem Recht wahrnahm. Daraus ergibt sich, daß für die Frage der Parteifähigkeit nur in Betracht kommt, ob der kl. Gesamtgutsverwalter (der bei der fortges. Güter-

gemeinschaft des hamb. Rechts die rechtliche Stellung des TestVollstr. gemäß § 17 Hamb. GüterstG. hat), als solcher rechtsfähig ist.

b) Keine Prozeßführungsbefugnis des entlassenen Zwangsverwalters. Rostock 25. 1. 17, MecklZ. 35, 284, OLG. 35, 203. Mag man dem Zwangsverw. (und dem KonkVerw.) nur die Rolle eines Vertreters (sei es des Schuldners oder der Gläubiger) geben, oder ihn als gesetzlichen Verwalter einer Vermögensmasse betrachten, oder wie es das RG. bezüglich des KonkVerw. tut (**RG.** 29, 29), ihm eine selbständige Parteistellung zusprechen, immer beruht die Befugnis zur Ausübung der ihm zukommenden Rolle nur auf der Ernennung zum Verwalter. — Mit der Entlassung aus dem Amte ist daher dem früheren Verwalter nicht bloß die Befugnis zur Prozeßführung entzogen, es können auch seine Gegner durch die Fortführung des Rechtsstreits gegen ihn nicht einmal die Erstattung der Kosten des bisherigen Verfahrens, für welche er persönlich nicht aufzukommen hat, erreichen.

4. Kriegsrecht. Über die rechtliche Stellung der Aufsichtsperson der BRVO. v. 14. 12. 16 im Prozesse, insbes. zur Anwendbarkeit des § 53 ZPO. Cahn 53ff., Hallbauer 115, Jäger 29ff., Klimmer 16ff., Levy 53ff., Zweigert 29f. Vgl. Kriegsbuch 4, 749; 5, 56ff.

II. Besondere Fälle der gesetzlichen Vertretung. 1. Vertretung des Reichsmilitärfiskus bei Klagen auf Zahlung einer Entschädigung a) aus einem vom Regierungspräsidenten gemäß § 20 KrLeistG. ausgestellten Anerkenntnis. Posen 11. 5. 17, PosMSchr. 17, 58. Die Prüfung und Feststellung erfolgt durch den RegPräs., der auch die Vergütungsanerkenntnisse auszustellen hat. Deshalb erscheint es als gerechtfertigt, daß auch die Prozeßvertretung des Reichsmilitärfiskus in solchen Fällen durch den RegPräs. ausgeübt wird. Der Senat vermag aber der Auffassung von Fritze-Werner, Prozeßvertretung 202, 214 nicht zu folgen, daß der RegPräs. ausschließlich als der berufene Vertreter des Reichsmilitärfiskus anzusehen ist, nimmt vielmehr mit dem LG. an, daß neben ihm die Vertretungsbefugnis der Kriegsintendantur bestehen bleibt. (In **RG.** 6. 12. 15, JDR. 15, 3b ist die letztere Frage offengelassen.)

b) Vertretung im Falle zu a) in Hamburg. Hamburg 4. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 253. Die Prüfung und Feststellung der Ansprüche und die Ausstellung der Anerkenntnisse erfolgt in Hamburg durch die Finanzdeputation. (Verklagt war der Reichsmilitärfiskus, vertreten durch die Intendantur des IX. Armeekorps. Die Änderung der Parteibezeichnung in Deutsches Reich wurde für zulässig erachtet, nicht dagegen die weitere Änderung dahin, daß als Vertreter des Reiches die Finanzdeputation in Hamburg bezeichnet werde, da ein nachträglicher Eintritt dieser Behörde in den Rechtsstreit oder eine Genehmigung der Prozeßführung des Intendanten nicht stattgefunden.)

2. Vertretung des Reichsmilitärfiskus in Preußen bei Schadensersatzansprüchen von Militärpersonen. **RG.** 19. 12. 16; 89, 247, LeipzZ. 17, 322. (Ein Hauptmann war bei einem nächtlichen Dienstritt am Drahte einer Fernsprechleitung hängen geblieben, die zu Manöverzwecken gelegt worden war, und an den Folgen des Sturzes verstorben. Die Hinterbliebenen verlangten eine über die Bestimmungen des Militärhinterbliebenengesetzes v. 17. 5. 07 hinausgehende Abfindung auf Grund der §§ 839, 844 BGB. und des Ges. v. 22. 5. 10.) Das BG. sieht als Vertreter des Bekl. unzutreffenderweise den Intendanten des VI. Armeekorps an. Dafür, daß über derartige Entschädigungsansprüche die Intendanturen zu befinden hätten (**RG.** 77, 355), gewähren die Vorschriften, welche die Zuständigkeit der Intendanturen regeln (a. a. O. 358), keinen ausreichenden Anhalt. Die Vorschrift in § 28 MilHinterblG. nötigt sogar zu der Annahme, daß die Entschließung über jene Anträge in den Zuständigkeitsbereich des Kriegsministeriums fällt. (Wird ausgeführt.) Demnach ergibt sich, daß in Rechtsstreitigkeiten über solche Ansprüche die Vertretung des Reichs Sache des Kriegsministers ist. Das gleiche ist vom Sen. in einem Rechtsstreit über Witwengeldansprüche auf Grund des MilHinterblG. bereits ausgesprochen worden (**RG.** 88, 326). Vgl. hierzu jetzt:

3. Verf. des Kriegsm. v. 18. 9. 17, PrJMBl. 17, 325. Zur Vertretung des Reichs-(Militär-)Fiskus in Rechtsstreiten aus einer unerl. Handl. seiner Organe oder einer Amtspflichtverletzung eines Beamten oder einer Person des Soldatenstandes auf Grund des ReichsGes. v. 22. 5. 10 (RGBl. 798) sind die nach den bestehenden Dienstvorschriften zur allgemeinen Vertretung des Fiskus berufenen Behörden insoweit ermächtigt, als der Gegenstand des Rechtsstreits eine Handlung oder Unterlassung eines Beamten oder einer Person des Soldatenstandes ihres Verwaltungsbereichs betrifft.

4. Vertretung des preuß. Fiskus bei Ersatzansprüchen, die darauf gestützt werden, daß ein Polizeipräsident aus verkehrs- und sicherheitspolizeilichen Gründen die Genehmigung einer Schaustellung zu Unrecht versagt hatte. Hamm 24. 10. 16, OLG. 35, 32. Der PolizeiPräs. ist zur Vertretung des Fiskus in Prozessen gesetzlich nicht befugt. Dazu ist vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen des preuß. Verwaltungsrechts die Provinzialbehörde berufen, d. h. jede zur Wahrnehmung staatlicher Hoheitsrechte bestellte, unmittelbar unter der Zentralbehörde stehende Behörde — wobei der Oberpräsident nicht als Instanz gilt —, also vorliegend der Reg.-Präs. und nicht der diesem unterstellte PolizeiPräs. (Instr. v. 23. 10. 17 § 14, LVG. v. 30. 7. 83 §§ 3, 18, westf. KreisO. v. 31. 7. 86 § 102).

§ 52.

Keine Fortdauer der Prozeßfähigkeit nach Rücknahme der Ermächtigung des § 112 BGB. Breslau 3. 10. 16, OLG. 35, 141. Die Tatsache, daß ein Anspruch aus einem Rechtsverhältnis hervorgegangen ist, für das die Schuldnerin gemäß § 112 BGB. unbeschränkt geschäftsfähig gewesen ist, hat nicht die Bedeutung, daß die Schuldnerin bezüglich dieses Anspruchs auch nach der Rücknahme der Ermächtigung prozeßfähig bleibt. Die nach §§ 112, 113 BGB. prozeßfähigen, in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen verlieren die Prozeßfähigkeit mit dem Augenblick, in welchem seine Voraussetzungen schwinden. (Im gegebenen Falle war die Prozeßfähigkeit nicht mehr vorhanden, als die Ladung der rechtskräftig verurteilten Schuldnerin zum Offenbarungseid einging.)

§ 56.

Wirkung der Klageerhebung durch einen Prozeßunfähigen. **RG.** 7. 12. 16, JW. 17, 295, R. 17 Nr. 430, 431. Der Mangel einer Prozeßvoraussetzung hat nicht die Folge, daß durch die Klageerhebung überhaupt kein gültiges Verfahren anhängig wird, es muß vielmehr in diesem Falle ein Urteil auf Klageabweisung wegen Fehlens der Prozeßvoraussetzung erlassen werden, das den Abschluß des durch die Klageerhebung anhängig gewordenen Prozeßverfahrens bildet. Wenn also auch die Klageerhebung durch eine prozeßunfähige Partei als rechtlich unwirksam bezeichnet wird, so ist das nur in dem Sinne zu verstehen, daß der mit der Klage verfolgte Anspruch als nicht rechtswirksam erhoben anzusehen ist und demgemäß die Klageerhebung keine Wirkungen auf das materielle Rechtsverhältnis der Parteien auszuüben vermag; im rein prozeßrechtl. Sinne ist dagegen die Klageerhebung durch einen Prozeßunfähigen nicht wirkungslos, sie setzt vielmehr ein Verfahren in Lauf, in welchem über den Mangel der Prozeßfähigkeit zu verhandeln und zu entscheiden ist. Für dieses Verfahren gelten die prozeßrechtl. Vorschriften, also insbesondere auch diejenigen der §§ 239ff. ZPO. über die Unterbrechung und Wiederaufnahme des Verfahrens im Falle des Todes einer Partei. Danach tritt gemäß § 246 beim Tode einer Partei keine Unterbrechung des Verfahrens ein, wenn eine Vertretung der Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfindet.

§ 57.

Vertreterbestellung nach Zustellung der Klage. Karlsruhe 3. 3. 16, Bad. Rpr. 17, 78, OLG. 35, 82. Es steht nichts entgegen, eine solche Vertreterbestellung bei

Gefahr im Verzuge — abweichend vom Fall des § 241 ZPO. — auch dann noch für angängig anzusehen, wenn schon eine Klagezustellung an den geschäftsunfähigen, aber als solchen nicht erkannten Bekl. stattgefunden hat und es sich bloß noch darum handelt, ob diese Klageerhebung und Prozeßführung durch nachträgliche Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters samt dem daraufhin ergangenen Versäumnisurteil trotzdem von Anfang an volle Rechtswirksamkeit erlangen oder erst durch deren Versagung endgültig hinfällig werden soll.

§ 58.

Verhältnis zu § 787 ZPO. Hamburg 2. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 36, OLG. 35, 32, R. 17 Nr. 245. Der § 787 erleidet nur Anwendung, wenn das Urteil gegen den bisherigen Eigentümer ergangen ist, und dieser dann das Eigentum an dem Grundstück während des Prozesses (§ 265 ZPO.) oder nach dessen Beendigung aufgegeben hat. Ist das Grundstück noch vor Erlaß des Urteils aufgegeben worden und hat das Prozeßgericht gemäß § 58 ZPO. einen Vertreter bestellt, so bleibt der so bestellte Vertreter auch im Vollstreckungsverfahren im Amte. Eine Neubestellung ist unnötig, da nach § 58 der Rechtsstreit auch das Vollstreckungsverfahren umfaßt.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 66.

1. Rechtliches Interesse des als Streitverkündeter beitretenden Hypothekengläubigers. Fortfall des rechtlichen Interesses. Hamburg 13. 7. 16, HansGZ. 17 Bbl. 12. Es ist unstreitig, daß der Streitverkündete — wenn auch nur wegen seiner Zinsen — zu den den Zwangsverkauf betreibenden Gläubigern gehört hat. Danach ist das LG. mit Recht davon ausgegangen, daß der bekl. Zwangsverwalter auch ihm für die ordnungsmäßige Einziehung der Mieten verantwortlich war und möglicherweise Schadensersatzansprüche des Streitverkündeten zu gewärtigen hatte, falls er die streitigen Mieten zu Unrecht dem Kl. überließ. Das genügt, um ein rechtliches Interesse des Streitverkündeten zu begründen und seinen Beitritt zu rechtfertigen (**RG.** 77, 365, HansGZ. 15 Hbl. 54). — Daß der Streitverkündende später die Zinsen, wegen deren er zu den betreibenden Gläubigern gehörte, bezahlt erhalten hat, ist ohne Bedeutung. Ein nachträglicher Wegfall des zur Zeit des Beitritts vorhandenen Interesses macht die Nebenintervention nicht unzulässig (OLG. 25, 63).

2. Dresden 4. 8. 17, SeuffA. 72, 226. Nebenintervention der Erbschaftskäufer zugunsten des mit einem Erbschaftsanspruch belangten Verkäufers.

3. Nebenintervention in Verbindung mit Berufungseinlegung. **RG.** 1. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 824, HansGZ. 17 Bbl. 230, JW. 17, 769, LeipzZ. 17, 1181, R. 17 Nr. 1290, WarnE. 17, 407. Trotz der späteren Änderung der ZPO., wonach die Einlegung der Berufung bereits mit der Einreichung der Berufungsschrift bei dem BG. erfolgt, ist § 66 Abs. 2 ZPO. unverändert geblieben. Danach kann nach wie vor die Nebenintervention auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen. Mit dieser Bestimmung ist § 70 ZPO. dadurch in Einklang zu setzen, daß zwar die Nebenintervention sich erst vollendet mit der Zust. des die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatzes an beide Parteien, daß aber, falls die Nebenintervention (wie im gegebenen Falle) in Verbindung mit der Einlegung des Rechtsmittels erfolgen soll, was das Gesetz gestattet, die Einreichung des die Beitrittserklärung enthaltenden Schriftsatzes bei dem für das Rechtsmittel zuständigen Gericht zugleich mit der Einlegung des Rechtsmittels genügt, falls nur die Zust. des Schriftsatzes später erfolgt. Gegen Hamburg 8. 11. 16, OLG. 35, 34, SeuffA. 72, 135. Vgl. **RG.** 76, 167 u. JDR. 15, 4.

4. Keine Durchführung der vom Nebenintervenienten eingelegten Berufung, nachdem die Hauptpartei ihre Berufung zurückgenommen hat. Hamburg 1. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 195, LeipzZ. 17, 1199, OLG. 35, 33, R. 17 Nr. 1291.

Der Nebenintervenient kann Rechtsmittel innerhalb der für die Partei laufenden Frist selbständig einlegen. Hat aber auch die Hauptpartei das Rechtsmittel eingelegt und nimmt sie es zurück, so kann auch der Nebenintervenient sein Rechtsmittel nicht weiter verfolgen. Das folgt schon daraus, daß das Rechtsmittel — auch ohne eine dahingehende ausdrückliche Erklärung — stets als im Namen der Hauptpartei eingelegt gilt. — Hinzukommt, daß in der dem Gericht und der Gegenpartei gegenüber abgegebenen Erklärung, die Berufung werde zurückgenommen, regelmäßig auch ein Verzicht auf das Recht der Berufung zu erblicken ist.

5. Kein Beitritt durch Erhebung der Restitutionsklage nach rechtskräftiger Erledigung des Prozesses. **RG.** 22. 2. 17; 89, 424, JW. 17, 480, LeipzZ. 17, 662, SeuffA. 72, 306. Mit klaren, jede andere Deutung ausschließenden Worten bestimmt § 66 Abs. 2, daß die Nebenintervention bis zur rechtskräftigen Entscheidung erfolgen kann und zwar auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels. Das besagt, daß, wenn ein Rechtsmittel nicht mehr möglich ist, eine Nebenintervention ausgeschlossen ist. Der Begriff der rechtskräftigen Entscheidung ergibt sich aus § 705 ZPO., und daß unter einem Rechtsmittel i. S. des § 66 nur diejenigen Rechtsbehelfe verstanden werden können, die die ZPO. unter diesem Gattungsbegriff im 3. Buche aufführt, und daneben noch der in allen Instanzen in gleichem Maße vorkommende Einspruch, nicht aber die Klagen, die zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen, kann nach der Terminologie und der Systematik der ZPO. nicht zweifelhaft sein.

§ 68.

Schiedsgutachtervertrag während des Prozesses. München 12. 2. 17, R. 17 Nr. 852. Einigen sich die Parteien auf Abschätzung des eingeklagten Schadens durch Schiedsgutachter, so bindet deren Abschätzung im Rückgriffprozeß den Nebenintervenienten nicht, wenn er dem Abkommen nicht zugestimmt hat. Auf eine solche Vereinbarung trifft recht eigentlich die Ausnahme des § 68 zu, daß die unterstützte Partei durch ihre Handlungen den Nebenintervenienten gehindert hat, ein Verteidigungsmittel geltend zu machen.

§ 69.

Ist der Zedent Streitgehilfe i. S. des § 69? **RG.** 4. 11. 16, LeipzZ. 17, 538, R. 17 Nr. 1850, WarnE. 17, 446. Die Vorschrift hat die Fälle der sog. erweiterten Rechtskraft im Auge, wo nach bürgerl.-rechtl., möglicherweise auch in der ZPO. getroffenen Bestimmungen (§§ 76 Abs. 4, 326 f., 629, 645, 976 Abs. 3 ZPO.) die Rechtskraft des Urteils auch gegen andere, als die unmittelbar beteiligten Personen wirkt. Nicht aber umfaßt sie auch die prozeßrechtl. Vorschrift des § 68 ZPO., schon deshalb nicht, weil dann alle Streitgehilfen als Streitgenossen gelten müßten, was das Ges. offenbar nicht will. Der Streitgenosse ist als Zedent dem Bekl. möglicherweise regreßpflichtig, die bloße Regreßpflicht wirkt aber nicht über den Rahmen des § 68 ZPO. hinaus und genügt nicht zur Anwendung des § 69 ZPO. (**RG.** 20, 390; 34, 363; 44, 345, JW. 91, 129. — Der Zedent konnte daher als Zeuge vernommen werden.)

§ 74.

Rechtliche Wirkung der Streitverkündung. Hamburg 21. 10. 16, HansGZ. 17 Bbl. 53. Der Streitverkündete kann nicht geltend machen, daß der Rechtsstreit hinsichtlich der Rechte des Streitverkünders unrichtig entschieden sei. Er kann aber einwenden, daß in bezug auf die Beurteilung seiner eigenen Schuld die Entscheidung unrichtig sei. (Betraf die Haftung eines Notars für die Unwirksamkeit des von ihm angefertigten und beurkundeten Kaufvertrages, nachdem die hierauf gestützte Widerspruchsklage abgewiesen worden war.)

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Schrifttum: v. Dassel, Entspricht eine von einem englischen Notar beglaubigte und von einem amerikanischen Konsul legalisierte Vollmacht der Vorschrift des § 80 Abs. 2? JW.

16, 1575. — Meyer, Vertretung durch Nichtbeauftragte, R. 17, 573. — Schultzenstein, Anwaltszwang und Verwaltungsstreitverfahren, VerwA. 23, 261.

Vorbemerkungen.

1. Zur allgemeinen Stellung des Anwalts. KG. 25. 5. 16, JW. 17, 237, OLG. 33, 321. (Bei einer Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfanderlöse hatte der Anwalt des pfändenden Gläubigers die Echtheit eines vom Vermieter vorgelegten Briefes des letzteren nicht bestritten und der Vermieter auf Grund dieses Briefes eine Verurteilung erlangt. Der Gläubiger nahm den Anwalt auf Schadensersatz in Anspruch, weil er die Echtheit des Briefes habe bestreiten müssen.) Die Auffassung des Kl., daß der Anwalt alles ohne Rücksicht auf die objektive Wahrheit zu bestreiten habe, was ungünstig für seinen Auftraggeber sei, verkennt völlig die Stellung und die Aufgabe des Anwalts, der nach der deutschen Gesetzgebung als ein notwendiges Glied bei der Handhabung der Rechtspflege mitzuwirken hat. Daß irgendwelche äußere Umstände in dem Bekl. bei pflichtgemäßer Sorgfalt den Verdacht einer Unechtheit des Berufs hätten erwecken müssen, trifft nicht zu; insbesondere hat der Inhalt des Briefes nicht den bisherigen Behauptungen des Kl. widersprochen. Hierzu Kann, JW. 17, 237 Anm. Zur Anerkennung der Echtheit eines Schreibens seines Auftraggebers, ohne diesen zuvor befragt zu haben, ist der Anwalt in keinem Falle befugt.

2. Anwaltszwang und Verwaltungsstreitverfahren. Schultzenstein 261 erörtert zunächst die wenigen und eng begrenzten Ausnahmen, in denen der Anwaltszwang im VerwStreitverfahren in die Erscheinung tritt (264—268). Gegen die grundsätzl. Einführung des A. in dieses Verfahren wird angeführt: 1. Der A. würde eine erhebliche wirtschaftl. Belastung der RA. zur Folge haben. Die Gegenstände der Streitsachen in diesem Verfahren sind an sich ganz minderwertig, trotzdem ist ihre Wichtigkeit sehr groß. Die Anwälte würden daher wirtschaftlich nicht auf ihre Rechnung kommen. Dies für sie ungünstige Ergebnis würde noch durch die notwendige Begleiterscheinung des A., das Armenrecht, verstärkt werden (272—277). 2. Der A. im VerwStreitverfahren wird auch nicht durch die Rücksicht auf die Parteien erfordert. Die VerwGerichte haben wegen des Untersuchungsgrundsatzes die keineswegs unerfüllbare, vielmehr von ihnen beständig erfüllte Aufgabe, zugleich Anwälte der Parteien zu sein, „Richteranwälte" und „Anwaltrichter" (277—283). 3. Zu verneinen ist der Wert des A. für die VerwGerichte und die VerwRechtspflege und damit die Rechtfertigung des A. aus Gründen des öffentlichen Wohls. Die geschichtl. Entwicklung der VerwGerichtsbarkeit ist eine durchaus andere als die der Zivilprozeßgerichtsbarkeit gewesen. Nach ihr aber war und ist bisher nur in geringem Grade die Rechtsanwaltschaft ein Organ der VerwRechtspflege und die „Arbeitsteilung" bzw. „die Arbeitsgemeinschaft" zwischen Verwaltungsrichter und Rechtsanwalt nicht sehr groß (283—291). — Geprüft wird endlich, ob und in welcher Beschränkung der A. sich für das Verwaltungsstreitverfahren rechtfertigen würde. Abgelehnt wird die Beschränkbarkeit innerhalb der Parteien, von denen die Behörden, Beamten, die zum Richteramt oder höherem Verwaltungsdienst befähigten Personen, auch Laien von genügender Sach- und Rechtskunde dem A. nicht unterworfen werden könnten, ferner die Beschränkung auf gewisse Sachen, insbesondere Steuersachen oder auf gewisse Schriftsätze (292 bis 299).

§ 78.

1. Für Beschwerden im Entmündigungsanfechtungsprozeß besteht Anwaltszwang. Cassel 25. 4. 17, JW. 17, 667 u. 909, OLG. 35, 97. Zwar stehen das Entmündigungsverfahren und der Rechtsstreit, welcher die Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses betrifft, in äußerem Zusammenhang, aber beide Verfahren sind in der Art verschieden; in dem Entmündigungsverfahren hatte der Kl. nicht die Stellung einer Prozeßpartei, er ist Prozeßpartei erst mit der Erhebung der Anfechtungsklage geworden, und es kann der Anfechtungsstreit gegenüber dem Entmündigungsverfahren nicht geradezu

als Rechtsmittelverfahren angesehen, auch in der hier in Betracht kommenden Beziehung nicht entsprechend behandelt werden.

2. Anwaltszwang für die Erinnerung gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Gerichtsschreibers beim LG. Posen 6. 6. 17, PosMSchr. 17, 67. Nur die einzelnen Prozeßhandlungen, die vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, sind vom Anwaltszwang befreit, nicht aber das ganze weitere an diese Prozeßhandlungen sich anschließende gerichtliche Verfahren. Insbesondere ist für das Beschwerdeverfahren hinsichtlich des Anwaltszwanges § 569 Abs. 2 ZPO. maßgebend.

§ 80.

Abs. 2. Hamburg 31. 5. 16, JW. 16, 1575. Eine von einem englischen Notar beglaubigte und von einem amerikanischen Konsul legalisierte Vollmacht entspricht der Vorschrift, da die Form sich gemäß dem Rechtssatze locus regit actum nach dem ausländischen Rechte richtet.

§ 81.

Stempelpflicht. Art. 7 Tarifst. 43 bayer. StempelG. a) BayObLG. 17. 1. 16, BayObLG. 17 B 3. Die einem RA. erteilte Vollmacht zur gerichtl. und außergerichtl. Vertretung mit den in §§ 81, 82 ZPO. aufgeführten Befugnissen ist als Prozeßvollmacht stempelpflichtig, wenn auch der mündliche Auftrag zunächst nur die Abgabe einer Erklärung einer Privatperson gegenüber zum Gegenstande gehabt hat. Die Stempelpflicht der Vollmachtsurkunde tritt mit der Errichtung ein, sie ist nicht an den Gebrauch geknüpft. Ebenso BayObLG. 17. 1. 16 a. a. O. 6, wo ferner ausgesprochen ist: Für die Unterscheidung zwischen einer Vollmacht, die nur die Möglichkeit gewährt, vor Gericht aufzutreten, und einer Vollmacht, die tatsächlich zur Durchführung des Rechtsstreits ermächtigt, fehlt jede gesetzliche Handhabe. Ferner BayObLG. 17. 1. 16 a. a. O. 13, wo an dem Beschluß v. 23. 6. 15 (vgl. JDR. 15, 2b) festgehalten und ausgeführt wird: Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 GKG. verbietet die Besteuerung des Rechtsstreits. Als eine solche Besteuerung ist es anzusehen, wenn der Stempel nur mit Rücksicht auf den Gebrauch der Urkunde im Rechtsstreit erhoben wird (**RG.** 17, 427). Die Erhebung des Stempels ist also ausgeschlossen, wenn die Vollmacht zu dem Zwecke ausgestellt ist, daß der Bevollmächtigte von ihr in einem anhängigen Verfahren der im § 1 GKG. bezeichneten Art Gebrauch macht. (Im gegebenen Falle wurde die Stempelpflichtigkeit der Urkunde aber bejaht, da sie allgemein zum Gebrauch bei Gericht und Behörden bestimmt und ausgestellt war.) Ebenso BayObLG. 31. 1. 16 a. a. O. 23.

b) BayObLG. 21. 3. 17, BayObLG. 18 B 37, BayRpflZ. 17, 194. Die Stempelpflicht nach Tarifstelle 43 Abs. VIb bayer. StempG. ist, gleichviel ob die Vollmacht sich auf die in § 81 ZPO. aufgezählten Ermächtigungen beschränkt oder ob sie dem Vertreter noch weitere Befugnisse einräumt, nur dann begründet, wenn die dem Vertreter zugestandenen besonderen Befugnisse über den Rahmen der für das bestimmte Streitverfahren erteilten Vertretungsmacht hinausgehen. (Vorliegend verneint bezüglich der in einem Scheidungsprozeß erteilten Ermächtigung zur Empfangnahme von Geldern, da das mit der Scheidungsklage befaßte Gericht nach § 627 jederzeit die gegenseitige Unterhaltspflicht der Gatten ordnen und insofern auf die vermögensrechtlichen Beziehungen zielende Anordnungen treffen kann, die dem Bevollmächtigten zur Ausübung solcher Befugnisse Gelegenheit bieten können.) Vgl. bezüglich der für ein Strafverfahren ausgestellten Vollmacht, BayObLG. 26. 6. 16, BayObLG. 17 B 89 und 21. 3. 17 a. a. O. 18 B 34. Andererseits BayObLG. 26. 6. 16; 17 B 96. Die einem Anwalte nach Erledigung der Hauptsache und Zurücknahme der Klage zur Zurückforderung des nicht verbrauchten Gebührenvorschusses erteilte, mit den Befugnissen der §§ 81, 82 ZPO. ausgestattete Prozeßvollmacht ist stempelpflichtig.

§ 87.

1. Wirksamkeit gegenüber dem Gericht. Kriegsrecht. a) Hamburg 18. 7. 16, HansGZ. 17 Bbl. 16. Das Gesetz sagt: „dem Gegner gegenüber": das gleiche gilt aber auch dem Gericht gegenüber. (Bei Anwendung der Kriegsgesetze den § 87 anders auszulegen, liegt kein Anlaß, auch kein Bedürfnis vor, da der vom Gesetzgeber gewollte Schutz des Kriegsteilnehmers im Anwaltsprozeß, falls der Kriegsteilnehmer einen Anwalt hat, in § 3 Nr. 2 Abs. 2 KTSchG. dahin festgelegt ist, daß die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen ist, sobald der Vertreter einen diesbezüglichen Antrag stellt.)

b) KG. 16. 10. 16, LeipzZ. 17, 287. (Keine Anwendung des § 3 KTSchG. nach Anzeige der Kündigung des RA. und vor Bestellung eines anderen.) Bis zur Anzeige von der Bestellung eines anderen RA. muß auch das Gericht den kündigenden RA. als Prozeßbevollmächtigten behandeln. — Vgl. Kriegsbuch 1, 105.

2. Geltung der Gesetzesvorschrift trotz tatsächlicher Unmöglichkeit, die Vollmacht auszuüben. **RG.** 25. 10. 16; 89, 42. (Im Anwaltsprozeß war einer Partei, welche dem ihr beigeordneten, später zum Heeresdienst einberufenen Pflichtanwalt die erteilte Prozeßvollmacht entzogen hatte, persönlich zugestellt worden. Die Zust. wurde für rechtsunwirksam erachtet.) Durch die Einziehung des Anwalts zum Heeresdienst und durch seine Abwesenheit von seinem amtlichen Wohnsitze wird seine Rechtsstellung als legitimierter Zustellungsempfänger i. S. des § 873 ZPO. nicht geändert. — Vgl. weiter zu § 176, 1.

§ 89.

1. Zur Auslegung der Gesetzesvorschrift im allgemeinen. Meyer 573 erläutert das Gesetz an einem Beispielsfalle und hebt hervor: Während bei den Kosten gesagt wird, daß der Zugelassene zum Ersatze zu verurteilen sei, heißt es bei den Schäden, er habe sie zu ersetzen. Damit ist eine materiellrechtl. Vorschrift gegeben. Wenn der Gegner der Meinung ist, die Zulassung des Nichtbeauftragten habe ihm abgesehen von den Kosten noch Schaden zugefügt, mag er ihn auf Ersatz verklagen, ohne daß es der Begr. nach § 823 BGB. bedürfte.

2. Genehmigung der Prozeßführung, falls die Klage einem Dritten, der nicht zur Vertretung des Bekl. ermächtigt ist, zugestellt ist. **RG.** 2. 11. 16, R. 17 Nr. 74, 75. Grundsätzlich und von ganz besonderen Umständen abgesehen, kann keine Verpflichtung einer zu Unrecht in ein Prozeßverfahren hineingezogenen, rechtlich in Wahrheit nicht Partei gewordenen Person anerkannt werden, selbsttätig i. S. einer Verwahrung gegen den Fortgang des Verfahrens aufzutreten. Es muß ihr vielmehr eine ausdrückliche Genehmigung des Verfahrens oder wenigstens ein Verhalten nachgewiesen werden, aus dem schlüssig ihr Wille erhellt, die bisherige Prozeßführung für und gegen sich gelten zu lassen. Dafür wird die bloße Kenntnis vom Anhängigsein des Rechtsstreits regelmäßig nicht genügen können.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Schrifttum: Kurlbaum, Prozeßkostenpflicht im Konkurse, LeipzZ. 17, 632 u. 705. — Rosenthal, Die Erledigung des Klageanspruchs, ZIndR. 17, 147.

§ 91.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemeine Fragen. 1. Kosten vor Einleitung der Klage. 2. Erledigung zwischen Einreichung und Zustellung der Klage. 3. Besondere Einklagung der Kosten einer einstweiligen Verfügung. 4. Erledigung nach Zustellung der Klage. a) Rosenthal. b) Rechtsprechung.

II. Einzelfragen. 1. Annahme des Anwalts am Wohnsitze der Partei. 2. Begriff des auswärtigen Anwalts. 3. Außerhalb des Rechtsstreits liegende Anwaltstätigkeit. 4. Empfangnahme und Ablieferung des Streitgegenstandes. 5. Prozeßkostenpflicht des Konkursverwalters. 6. Persönliche Wahrnehmung. a) Gebühren des durch einen Bürovorsteher vertretenen Anwalts. b) Wahrnehmung eines Beweistermins durch die Partei.

7. Pfandklage. 8. Reisekosten. 9. Vergleich. 10. Wechsel der Anwälte. a) Im Mahnverfahren. b) Infolge der Kriegsverhältnisse. c) Nach Zurückverweisung. 11. Zwischenanwalt.

I. Allgemeine Fragen. 1. Wer trägt die Kosten, die vor Einleitung einer Klage entstanden sind? GesuR. 18, 62. Die Mahnschreiben des RA. sind in vielen Fällen äußerst segensreich und bewahren viele Schuldner vor hohen Prozeßkosten —, man wird deshalb mit Recht von dem Schuldner verlangen können, daß er dem Gläubiger diese Kosten erstattet. Eine gesetzliche Handhabe hierzu bietet der § 286 BGB. (Vgl. wegen einfach liegender Fälle Düsseldorf 29. 9. 08, OLG. 17, 312.) — Zu den Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung sind auch die zu rechnen, die zur Vorbereitung der Klage aufgewendet sind, insbesondere für die Einholung eines Privatgutachtens, wenn dadurch eine sichere Grundlage für die Klagesumme gewonnen werden soll. (Im Anschluß an **RG.** 10. 6. 91, GruchotsBeitr. 35, 1180, Hamburg 5. 4. 03, OLG. 7, 280.)

2. Kostenentscheidung, wenn die Hauptsache sich zwischen der Einreichung und der Zustellung der Klage erledigt. Dresden 30. 11. 15, JDR. 15 I 2a, jetzt auch SächsOLG. 37, 363. Dagegen Hamburg 21. 6. 16, OLG. 35, 38, das die Geltendmachung der Kosten im Wege besonderer Klage verlangt.

3. Einklagung der Kosten einer einstweiligen Verfügung in einem besonderen Prozesse. LG. I Berlin 25. 6. 17, KGBl. 17, 66. Die Kl. hatte gegen den Bekl. auf Grund des § 13 Abs. 3 UnlWG. eine einstweilige Verfügung erwirkt und verlangte demnächst mit besonderer Klage Erstattung der ihr durch Erwirkung der einstweiligen Verfügung erwachsenen Anwalts- und Gerichtskosten. Die Klage wurde zugesprochen und erwogen, daß, wenn die Kl. gegen den Bekl. sogleich auf Unterlassung gemäß § 13 Abs. 3 a. a. O. geklagt hätte, der Bekl. nach § 91 ZPO. zur Tragung der Kosten verurteilt worden wäre und sich auch nicht auf § 93 ZPO. hätte berufen können. Wenn demgemäß der Bekl. i. S. des § 93 ZPO. zum Erlasse der einstweiligen Verfügung „Veranlassung" gegeben hat, so hat derselbe Vorfall, der den Bekl. zur Tragung der Kosten der Unterlassungsklage verpflichtet haben würde, infolge deren Unterbleibens der Kl. einen Vermögensschaden in Höhe der ihr in dem Verfahren betreffend die einstw. Verfügung erwachsenen Gerichts- und Anwaltskosten verursacht.

4. Erledigung des Klageanspruchs nach Zustellung der Klage. a) Rosenthal 147. Der Klageanspruch ist für erledigt zu erklären, wenn im Laufe der Entwicklung des materiellen Rechtsverhältnisses — mit oder ohne Zutun der Parteien — ein Ereignis eintritt, das eine Entsch. in der Hauptsache unnötig oder untunlich macht. — In der Erklärung, daß der Klageanspruch erledigt sei, liegt weder ein Verzicht, noch eine Klagezurücknahme, vielmehr wird die Entsch. über einen beschränkten Antrag erbeten. Für die Kostenentsch. ist alsdann zu prüfen, ob die Klage ursprünglich begründet war (**RG.** 57, 385; 58, 414, JW. 00, 586; 11, 591 ebenso Darmstadt 15. 10. 17, HessRspr. 18, 208). Ob tatsächlich eine Erledigung des Klageanspruchs vorliegt, ist belanglos; der Kl. kann sich stets für befriedigt erklären, auch wenn er es in Wahrheit nicht ist. Erklärt der Kl. den Klageanspruch für erledigt, dann ist es belanglos, ob der Bekl. die tatsächliche Erledigung des Anspruchs bestreitet. Nur muß in solchem Falle in der Urteilsformel festgestellt werden, daß der Prozeß in der Hauptsache erledigt ist. Sonst bedarf es einer solchen Feststellung nicht. Ist sie gleichwohl in die Urteilsformel aufgenommen, so liegt darin nicht etwa eine Entscheidung in der Hauptsache i. S. von § 99 Abs. 3 ZPO. (**RG.** 48, 364, JW. 11, 591). — Bekämpft wird Frankfurt, 1 W 14/17, wo dem klagenden Verbande bei einer Unterlassungsklage die Kosten des Rechtsstreits auferlegt wurden, obwohl er nach eingetretener Liquidation das Klagerecht verloren hatte und deshalb den Klageanspruch nicht mehr aufrecht erhalten konnte. — Vgl. JDR. 14 III; 15 I 3a u. b.

b) Aus der Rechtsprechung. München 16. 12. 16, OLG. 35, 39. Die Erklärung der Klagepartei, daß der Anspruch erledigt sei, enthält nicht immer eine Klagerücknahme mit der Folge der Kostenpflicht nach § 271. Wenn der Kl. (wie in **RG.** 15, 426; 65, 36) im Laufe des Rechtsstreits sich davon überzeugt, daß die Klage schon vor Erhebung un-

begründet war oder der dingliche Anspruch deshalb, weil der Bekl. das belastete Grundstück nicht mehr besitzt, nicht weiter aufrecht zu erhalten ist, so kann in jener Erklärung allerdings eine verdeckte Klagezurücknahme gefunden werden. Tatsächlich ist der Kl. in diesen Fällen unterlegen und hat aus diesem Grunde die Kosten nach § 91 zu tragen. Anders, wenn der Bekl. im Laufe des Rechtsstreites dem Anspruche genügt, da dann er und nicht der Kl. unterlegen ist. Vgl. auch **RG.** 16. 5. 17, LeipzZ. 17, 1251, wo ausgesprochen ist, daß der Kl., wenn er wegen des Klageanspruchs befriedigt ist, den Klageantrag auf die Kosten zu beschränken hat, andernfalls unter Abweisung der Klage zur Kostentragung zu verurteilen ist (**RG.** 65, 36).

II. Einzelfragen. 1. Annahme des Anwalts am Wohnsitze der Partei, nicht am Sitze des Prozeßgerichts. LG. Breslau 1. 5. 14, JW. 17, 308. Das Recht, ihren Anwalt persönlich von der Sachlage zu unterrichten, muß der Partei eingeräumt werden. Da eine Reise des Bekl. an den Gerichtsort weit höhere Kosten gemacht hätte, so war die Annahme eines Anwalts am Wohnsitze des Bekl. zur zweckentsprechenden Führung des Prozesses erforderlich, im übrigen die Bestellung eines Unterbevollmächtigten unumgänglich. Vgl. Nr. 8.

2. Begriff des auswärtigen Anwalts. Reisekosten, die von einem gemäß § 25 RAO. bestellten, bei einem auswärtigen Gericht zugelassenen Vertreter gefordert werden, sind erstattungsfähig, wenn seine Zuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlich war. München 28. 12. 16, JW. 17, 557, OLG. 35, 40, R. 17 Nr. 247, 248. Richtig ist, daß der Vertreter ganz an die Stelle des Vertretenen tritt (**RG.** 21, 355; 31, 425); Prozeßbevollmächtigter ist der Vertretene. Allein demgegenüber liegt doch die Tatsache vor, daß ein nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnhafter Anwalt die Partei tatsächlich vertreten hat (**RG.** 13, 313), wenn auch nicht im eigenen Namen, so doch für den von ihm vertretenen Anwalt. Unter diesen Umständen ist er aber als auswärtiger Anwalt des § 91 Abs. 2 ZPO. zu erachten, der i. S. der ZPO. auszulegen ist und mit der Frage, in welcher Weise der Anwalt im einzelnen Falle vertreten wird, nichts zu tun hat. J. S. des § 91 Abs. 2 ist „auswärtiger" Anwalt jeder für die Partei auftretende Anwalt, der nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnt. (Im gegebenen Falle wurde ferner festgestellt, daß sich die Zuziehung eines auswärtigen Anwalts nicht umgehen ließ, da der einzige noch in N. wohnende Anwalt schon den Kl. vertrat.) Ebenso LG. Augsburg 6. 6. 16, BayRpflZ. 17, 17, Augsburg 15. 5. 17, BayRpflZ. 17, 263, DRAZ. 17, 84, JW. 17, 736, BreslauAK. 17, 8, Hamburg 3. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 143, Karlsruhe 28. 3. 17, JW. 17, 669. Vgl. Friedländer, JW. 17, 736, Roßteutscher, BayRpflZ. 17, 17. Anders Dresden 3. 5. 16, JW. 16, 869, JDR. 15 II 11.

3. Kosten einer außerhalb des Rechtsstreits liegenden Anwaltstätigkeit. Posen 16. 11. 16, PosMSchr. 16, 131. Als Prozeßkosten nicht anzusehen, also von der Erstattungspflicht ausgeschlossen sind alle Kosten, die — abgesehen von der Informationserteilung — vor dem Prozeß entstanden sind, also außerhalb des Rechtsstreits liegende Handlungen betreffen, wie z. B. die Kosten für Vergleichsverhandlungen zur Vermeidung des Prozesses oder für Handlungen, die nur zur Vorbereitung des Prozesses dienen. Aus diesem Grunde ist unberechtigt der Anspruch der Kl. auf Erstattung einer Gebühr für die schriftl. Verhandlungen, die von den Anwälten vor der Klageerhebung mit dem VormG. zur außerprozeßl. Beilegung des Streits der Parteien und zur Bestellung eines Pflegers geführt worden sind. Vgl. auch I 1.

4. Erstattungsfähigkeit der Anwaltsgebühr für Empfangnahme und Ablieferung der Streitsumme. a) Cassel 19. 6. 14, BuschsZ. 46, 438. Es war nicht notwendig, daß die Bekl. an die Anwälte statt an die Kl. zahlten, vielmehr hätte es der Bekl. freigestanden, diesen kostspieligeren Weg durch Übersendung des Geldes an die Kl. selbst zu vermeiden. Da aber die Bekl. die Zahlungen den RA. anboten, so war es allein zweckentsprechend, daß die Anwälte das Geld in Empfang nahmen und an ihre Auftrag-

geberin weiterzahlten (Hamm 3. 12. 12, JW. 12, 613). — Dem praktischen Zwecke des Kostenfestsetzungsverfahrens würde es nicht entsprechen, wenn man die Kl. wegen ihres Kostenerstattungsanspruchs auf einen besonderen, neuen Prozeß verweisen wollte. Anders

b) Cöln 30. 12. 16, JW. 17, 614. Die Erfüllung des Bekl. gemäß dem verurteilenden Erkenntnisse, mag sie während des Prozesses oder später erfolgen, ist keine mit dem Prozeßbetriebe verbundene Handlung, und die Gebühr des § 87 RAGO. wurzelt auch nicht in der Prozeßvollmacht, sondern in einem besonderen Auftrage des Empfängers oder des Zahlenden, gehört somit auch nicht zu den Kosten, welche durch den Prozeßbetrieb veranlaßt sind; die hierdurch erwachsenden Kosten aus § 87 a. a. O. sind daher keine Prozeßkosten i. S. des § 91 ZPO., deren Erstattung in dem Festsetzungsverfahren allein in Frage kommt; die Erstattung derselben hat der Kl. in einem besonderen Rechtsstreite zu verfolgen. Gebilligt von Liertz, JW. 17, 614 Anm., der auf die Stellung des § 87 RAGO. in den „Schlußbestimmungen" hinweist. → Die Ansicht des OLG. Cassel hat den Vorzug, daß sie die Streitfrage in praktischer und befriedigender Weise entscheidet. Da es letzten Endes darauf ankommt, was man unter einer „durch den Prozeßbetrieb veranlaßten" Handlung versteht, so sind beide Auffassungen zu begründen, aber, wie überall bei Vorschriften des Streitverfahrens, ist die zweckmäßigere Lösung zu erstreben. ← Vgl. JDR. 15, 4 a u. b.

5. a) Über die Prozeßkostenpflicht des Konkursverwalters im allgemeinen. Kurlbaum 632 u. 705. Vgl. Ziff. I zu § 10 KO. b) Über die persönliche Kostenpflicht des Konkursverwalters bei Masseprozessen aus den von ihm eingegangenen Rechtsgeschäften BayObLG. 19. 2. 17, R. 17 Nr. 853.

6. Persönliche Wahrnehmung. a) Gebühren des Rechtsanwalts, den sein Bürovorsteher bei Einzelhandlungen vertritt. AG. Cottbus 21. 4. 17, JW. 17, 620. Der RA. ist nur dann zur Gebührenerhebung berechtigt, wenn er sich selbst betätigt oder durch einen zu seinem Vertreter bestellten RA. oder Generalvertreter tätig wird. Vgl. **RG.** 25. 9. 93; 31, 425. Vgl. dagegen Friedländer, JW. 17, 620 Anm. 10. Vertragsmäßig hat der RA. seine Dienste gemäß § 613 BGB. nur im Zweifel in Person zu leisten. Ergänzend und für alle Regelfälle den Zweifel beseitigend greift hier die Verkehrssitte ein. Der RA. handelt regelmäßig nicht vertragswidrig, wenn er sich in zivilprozessualen Beweisterminen oder Verhandlungen durch einen bei ihm beschäftigten Referendar oder Assessor vertreten läßt; er verstößt auch nicht gegen den Vertrag, wenn er ausnahmsweise durch seinen Bürovorsteher ein Versäumnisurteil erwirkt. Ist aber die Leistung eine vertragsmäßige, so muß auch das gesetzliche Entgelt geleistet und vom Gegner erstattet werden. Vgl. auch Levin, KGBl. 13, 130 und „Rechtliche und wirtschaftl. Bedeutung des Anwaltszwangs" 53. Ferner LG. Gießen 8. 3. 17, HessRspr. 17, 223. Die Gebühr aus § 45 RAGO. hat zur unumgänglichen Voraussetzung, daß entweder der beauftragte RA. selbst oder ein nach § 25 RAO. bestellter Vertreter den Beweisaufnahmetermin wahrnimmt.

b) Persönliche Wahrnehmung eines Beweistermins durch die Partei. Rostock 12. 10. 16, MecklZ. 35, 303. Da die Bekl. in dem Termin durch einen RA. vertreten waren, dessen Kosten liquidiert und zugebilligt sind, so bedarf die Notwendigkeit des persönl. Erscheinens der Partei oder ihres gesetzl. Vertreters besonderer Rechtfertigung. (Vorliegend die Kosten abgesetzt, da es sich zwar um einen wichtigen Zeugen handelte, der gesetzl. Vertreter der Partei aber an den Vorgängen und Verhandlungen, über welche der Zeuge zu vernehmen war, weder persönlich teilgenommen hatte, noch aus sonstigen Gründen eine eigene Kenntnis von ihnen besaß.)

7. Pfandklage. Dresden 9. 8. 16, LeipzZ. 17, 42. Der mit der Pfandklage erfolgreich belangte Bekl. hat für die Kosten nicht nur mit der Liegenschaft, sondern aus § 91 ZPO. auch persönlich einzustehen. (Daher wurde der ohne Beschränkung auf das Grundstück wegen eines dingl. Anspruchs verurteilte KonkVerw. für verpflichtet erachtet, den Offenbarungseid hinsichtlich der KonkMasse zu leisten.)

8. Reisekosten. a) Stuttgart 1. 8. 16, WürttZ. 59, 203. In der Rechtspr. ist überwiegend anerkannt, daß eine Partei, die einen nicht am Gerichtssitz wohnenden Prozeßbevollmächtigten aufstellt, die an sich nicht erstattungsfähigen Kosten, die sie ihrem RA. für seine Reisen an den Sitz des Prozeßgerichts zu vergüten hat, dem Gegner gegenüber in der Höhe anrechnen darf, in der ihr bei Aufstellung eines am Gerichtssitz wohnenden Anwalts vermehrte Reisekosten entstanden wären. Der Partei ist also in einem solchen Fall gestattet, die ihr tatsächlich entstandenen, an sich nicht erstattungsfähigen Auslagen in Höhe von nicht entstandenen (ersparten) erstattungsfähigen Auslagen dem Gegner gegenüber zu verrechnen. Dagegen darf sie nicht Kosten, die sie gar nicht gehabt hat, verrechnen, z. B. bei einer Beweisaufnahme am Wohnsitz des RA. die Reisekosten eines RA., die entstanden wären, wenn sie einen am Sitz des Prozeßgerichts wohnenden Anwalt bestellt hätte.

b) Stuttgart 15. 3. 16, WürttZ. 59, 203. Macht ein RA. in einem Prozeß, in dem er Partei ist, Reisen an ein auswärtiges AG., so kann er — neben den Gebühren — Ersatz der Reisekosten insoweit verlangen, als eine durch einen am AGSitz wohnhaften RA. vertretene auswärtige Partei sie verlangen könnte, und zwar zu dem Betrage, der einer Partei, nicht einem RA. zuzubilligen ist. — Vgl. auch Nr. 1.

9. Vergleich in einem auswärtigen Beweistermin. a) α. München 20. 10. 16, R. 17 Nr. 116. Schließt der mit Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins beauftragte RA. einen Vergleich unter Vorbehalt des Widerrufs innerhalb gewisser Frist ab und führt der Prozeßbevollmächtigte der Partei die Genehmigung durch seine Einwirkung herbei, so steht beiden RA. die Vergleichsgebühr des § 13 Nr. 3 RAGO. zu. Die erwachsenen Mehrkosten sind erstattungsfähig, wenn durch die Reise des Prozeßbevollmächtigten zum Termin höhere Kosten entstanden wären. β. Kiel 19. 3. 17, JW. 17, 747. § 42 RAGO. erschöpft nicht alle dem RA. zustehenden Gebühren. Er schließt nicht aus, daß der nicht prozeßbevollmächtigte Anwalt die Vergleichsgebühr erhalten kann, wenn er im Interesse eines Vergleichsschlusses tätig wird, die Frage ist aus § 48 RAGO. zu lösen. Ebenso und ähnlich: Darmstadt 25. 4. 17, HessRspr. 18, 91, JW. 17, 774 und München 28. 11. 16, JW. 17, 870. Vgl. auch Hamburg 2. 9. 16, OLG. 35, 229.

Anders b) Posen 16. 11. 16, OLG. 35, 228, PosMSchr. 16, 131. Dem Korrespondenzanwalt steht eine Vergleichsgebühr überhaupt nicht zu; denn im § 13 RAGO., der allein für die Vergleichsgebühr in Betracht kommen kann, ist diese Gebühr nur dem als Prozeßbevollmächtigten bestellten RA. zugebilligt worden. Der Forderung steht übrigens auch noch unmittelbar die Bestimmung des § 91 Abs. 2 S. 2 entgegen. — Ebenso Stuttgart 6. 6. 17, R. 17 Nr. 1506.

10. Wechsel der Anwälte. a) Im Mahnverfahren. Stuttgart 4. 1. 17, R. 17 Nr. 428, WürttJ. 28, 195, WürttZ. 59, 203. Die Partei ist im Mahnverfahren in der Auswahl ihres RA. unbeschränkt; es kann ihr nicht zugemutet werden, bei der Auswahl ihres RA. auf die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen ihren Zahlungsbefehl besondere Rücksicht zu nehmen. Vgl. ebenso Breslau 18. 12. 14, BreslauAK. 17, 38, Hamm (3) 13. 4. 15, OLG. 35, 103, Frankfurt 21. 12. 16, FrankfRdsch. 50, 268. Vgl. JDR. 15 II 15d.

Andererseits LG. Mannheim 9. 12. 16, BadRpr. 17, 58. Es ist dem Bekl. zuzugeben, daß das zunächst eingeleitete Mahnverfahren in dem Fall, daß mit einiger Wahrscheinlichkeit ein Widerspruch des Bekl. gegen den Zahlungsbefehl zu erwarten war, nicht erforderlich gewesen wäre, und daß dann die Kl. zur Vermeidung unnötiger Kosten kein amtsgerichtl. Mahnverfahren hätte in Gang setzen dürfen. (Es wird ausgeführt, daß vorliegend die Wahrscheinlichkeit eines Widerspruchs nicht bestand.) Ebenso Hamm (Ferienf.) 10. 8. 11, OLG. 35, 103 Anm. 1, ferner Stuttgart 26. 10. 15, WürttZ. 59, 183. Stellt ein RA. in dem Antrag auf Zahlungsbefehl nicht den eventuellen Antrag auf Verweisung vor das LG., so können nach Umständen die durch diese Unterlassung entstandenen Mehrkosten als nicht zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung dienend angesehen werden. — Besonders lag der Fall LG. Augsburg 6. 3. 17 und OLG. Augsburg 3. 4. 17, JW. 17, 936.

b) Erstattung der Kosten eines zweiten Prozeßbevollmächtigten, wenn der Vertreter des zum Heeresdienste eingezogenen ersten wegen persönlicher Beziehungen zum Gegner die Vertretung abgelehnt hat. Frankfurt 16. 11. 16, SeuffA. 72, 70. Ob den Justizrat H. (den ersten Bevollmächtigten) hieran eine Schuld trifft, ob er insbesondere bei der Auswahl seines allgemeinen Stellvertreters Rücksicht darauf hätte nehmen müssen, daß RA. B. (der Vertreter) verhindert war, als Prozeßbevollmächtigter gegen den Bekl. aufzutreten, ferner ob solche Verhinderung des RA. tatsächlich bestand und ob er nicht wenigstens für die mündl. Verhandlung und die Beweisaufnahme einem anderen RA. die Vertretung der Kl. gemäß § 27 RAO. hätte übertragen können, ist für den Erstattungsanspruch der Kl. gegen den Bekl. gleichgültig. (Erörtert wird die Verpflichtung der Kl., etwaige Ersatzansprüche dem Bekl. abzutreten.)

c) Wechsel der Anwälte nach Zurückverweisung der Sache. München 6. 3. 16, JW. 17, 981. Der Kl. war beim LG. von einem zugleich beim OLG. zugelassenen RA. vertreten gewesen, hatte aber für den zweiten Rechtszug einen anderen gleichfalls beim LG. und OLG. zugelassenen RA. bestellt. Nachdem die Sache an das LG. zurückverwiesen worden war, bevollmächtigte er für das LG. den zweiten RA. OLG. strich die landgerichtliche Prozeßgebühr dieses RA., da ein Wechsel i. S. des § 91 Abs. 2 S. 2 ZPO. nicht notwendig gewesen wäre. Dagegen Friedländer a. a. O.

11. Zwischenanwalt. Jena 29. 10. 15, ThürBl. 64, 75 über die Grenzen der Pflicht, dem obsiegenden Gegner auch die Kosten eines Zwischenanwalts zu erstatten.

§ 92.

Kostenverteilung, wenn in derselben Klage gegen zwei Personen als Mitschuldige an einem Schiffszusammenstoß geklagt war und die Klage gegen den einen Bekl. abgewiesen wurde. Hamburg 9. 10. 16, HansGZ. 17 Hpbl. 55. Das LG. hat die Kosten zur Hälfte der Kl. auferlegt, weil sie gegen die Bekl. zu 1 unterlegen ist. Aber alle diese Kosten wären auch entstanden, wenn nicht zugleich gegen die letztere geklagt worden wäre und es liegt kein Grund dafür vor, daß sich die Kostentragungspflicht des Bekl. zu 2 infolge des Hinzutritts der Bekl. zu 1 verkleinern soll. Dieses Ergebnis erachtet das BG. trotz der entgegenstehenden Ansicht des **RG.** (41, 399, JW. 00, 650) und der OLG. Jena und Kiel (SeuffA. 64 Nr. 227) auch deshalb für das gesundere, weil es der materiellen Rechtslage entspricht und einen neuen Rückgriffsprozeß der Kl. gegen den Bekl. zu 2 erübrigt. — Siehe weiter bei § 100 ZPO.

§ 93.

1. Hat sich der Bekl. in Verzug befunden, so kann er sich gegenüber rechtzeitig behobenen Mängeln der Klage nicht auf § 93 ZPO. berufen. Dresden 21. 6. 16, SächsOLG. 38, 62. Der der Klage zugrunde liegende materielle Anspruch bestand, bevor der Mangel der Klage geheilt worden war, und schon vor der Erhebung der mangelhaften Klage (falsche Wechselabschrift) zu Recht und war befriedigungsbedürftig. Ebenso wie der Bekl. durch die nicht rechtzeitige Zahlung seiner Wechselschuld die Klage, wenn ihr von Anfang an eine richtige Abschrift des Klagewechsels beigefügt gewesen wäre, veranlaßt haben würde, so hat er auch die insofern mangelhafte, aber rechtzeitig in Ordnung gebrachte Klage veranlaßt. Eine, sei es prozessual sei es in der sachlichen Begründung mangelhafte Klage kann nie bewirken, daß der Bekl., der Anlaß zur Klageerhebung gegeben hat, so zu behandeln wäre, als hätte er nicht Anlaß gegeben.

2. Prozeßkosten beim Anerkenntnisurteil, wenn der Kl. schon eine vollstreckbare Urkunde hatte. München 27. 11. 16, SeuffA. 72, 99. Der Besitz einer vollstreckbaren Urkunde schließt das Rechtsschutzbedürfnis nicht aus, so daß der Gläubiger trotzdem die Verurteilungsklage anzustellen befugt ist (**RG.** 46, 306, JW. 00, 660). — Da die Kl. aber in Gestalt der Notariatsurkunde bereits einen Vollstreckungstitel hatte, hätten neben dem Verzug noch besondere Umstände vorliegen müssen, die zu dem Schluß berech-

tigten, daß sie nur durch Klagezustellung alsbald die Bezahlung ihrer Schuld erlangen würde.

3. Kostenentscheidung im Falle der Aufrechnung gegen die eingeklagte Forderung. Dresden 5. 1. 16, SächsOLG. 37, 367. Wie dann, wenn der Bekl. nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben hat, dem Kl. die Prozeßkosten nach § 93 ZPO. zur Last fallen, sofern der Bekl. den Anspruch sofort anerkennt, so muß in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift der Kl. von den Kosten verschont bleiben, wenn er die im Laufe des Prozesses eingetretene Erledigung des Klageanspruchs sofort anerkennt. (JW. 00, 586. — Im gegebenen Falle konnte die Aufrechnung erst im Laufe der Berufungsverhandlung erklärt werden; der Kl. hatte, nachdem die Erklärung erfolgt, vor Eintritt in die mündliche Verhandlung die Erledigung des Klageanspruchs alsbald anerkannt.)

4. Kostenlast bei Anerkenntnis eines unbegründeten Anspruchs. LG. Leipzig 8. 4. 15, BuschsZ. 46, 415. Der Bekl. unterliegt auf Grund seines Anerkenntnisses nur insoweit, als das A. reicht; es gibt keine Vorschrift, die ihn hinderte, von dem A. die Kosten auszunehmen. Tut er letzteres, so ist wie bei jeder anderen Erledigung der Hauptsache zu prüfen, welche Partei unterlegen sein würde, wenn in der Hauptsache zu entscheiden gewesen wäre, und die Kosten treffen diejenige Partei, welche in der Hauptsache hätte unterliegen müssen.

5. Kostenpflicht des Nachlaßpflegers, falls er auf Bezahlung einer Nachlaßschuld vor Ablauf von drei Monaten seit seiner Bestellnng verklagt worden ist (§§ 2014, 2015 BGB., §§ 305, 782 ZPO.) bejaht von KG. 23. 10. 16, KGBl. 17, 3 im Anschluß an **RG.** 79, 202. Das Recht, die Berichtigung einer Nachlaßschuld bis zum Ablauf der drei Monate zu verweigern, hindert nicht, daß der Nachlaßpfleger während dieser Zeit mit der Bezahlung der fälligen Schuld in Verzug kommt, daß er deshalb verklagt und verurteilt werden kann und daß er auch die Folgen seines Verzugs insofern zu tragen hat, als ihm selbst, wenn er seine Schuld anerkennt, die Kosten des Rechtsstreits zur Last fallen.

6. Über die Erweiterung des § 93 ZPO. durch § 12 der BRVO. v. 14. 12. 16 (RGBl. 16, 1363) — Klage auf Leistung gegen den unter Geschäftsaufsicht stehenden Schuldner, der die Forderung sofort anerkennt — vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 916 und Jäger zu **RG.** 9. 12. 16, JW. 17, 161 Anm. 8 sowie JW. 17, 918 und die dort Angeführten.

§ 96.

1. Entscheidung erst im Endurteile. Colmar 17. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 108. Über die Ausscheidung der Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Verteidigungsmittels ist nach fester Rechtspr. (JW. 90, 333; 96, 653; 97, 4) erst im Endurteil zu entscheiden. Das folgt nicht nur aus dem Wortlaut des § 96, der eine gleichzeitige Entscheidung darüber, wer in der Hauptsache obsiegt, voraussetzt. Dafür spricht vielmehr auch der innere Grund, daß erst bei der Entsch. richtig abgewogen werden kann, ob das Gesamtverhalten der Parteien es rechtfertigt, einen Teil der Kosten dem Obsiegenden aufzubürden. Endlich läßt sich regelmäßig erst in jenem Zeitpunkte übersehen, ob das ohne Erfolg gebliebene Verteidigungsmittel überhaupt besondere Kosten verursacht hat; gerade die Kosten prozeßhindernder Einreden gehen vielfach in den Kosten der Hauptsache einfach auf.

2. **RG.** 18. 12. 15, JDR. 15 jetzt auch WarnE. 17, 43.

§ 98.

Kosten der Nebenintervention beim Vergleich der Hauptparteien. a) KG. 14. 4. 17, KGBl. 17, 38, OLG. 35, 44. (Nachdem sich die Hauptparteien bezüglich der Kosten dahin verglichen hatten, daß die Gerichtskosten geteilt werden sollten, die außergerichtl. Kosten jede Partei für sich zu tragen hätte, wurde auf Antrag des Nebenintervenienten eine Partei verurteilt, die Hälfte der Kosten der Nebenintervention zu tragen.

KG. hat dies im Anschluß an **RG.** 56, 113 gebilligt.) Es entspricht dem Sinne des § 98 ZPO., daß im Falle des Vergleichs im Zweifel die gesamten Kosten zur Hälfte geteilt werden und daß nur aus Zweckmäßigkeitsgründen zur Vermeidung des weitläufigen und mit weiteren Kosten verknüpften Festsetzungsverfahrens aus § 106 ZPO. bezüglich der außergerichtlichen Kosten eine gegenseitige Aufhebung eintreten soll. Daraus folgt, daß, wenn die Kosten einer Nebenintervention nach Maßgabe eines zwischen den Hauptparteien abgeschlossenen Vergleichs zu regeln sind und der Vergleich die Kostenverteilung gemäß § 98 ZPO. vorsieht, über die Kosten der Nebenintervention so zu entscheiden ist, als ob die gesamten Kosten der Hauptparteien von diesen je zur Hälfte zu tragen seien.

Anders KG. (23), KGBl. 17, 63, wo in Abweichung von **RG.** 56, 113 (vgl. auch OLG. 15, 94; 23, 126) dem Gegner nur die Hälfte der gerichtl. Interventionskosten auferlegt worden ist. Nach § 101 ZPO. könne eine Partei der Nebenintervention gegenüber nicht schlechter gestellt werden, als ihrer Hauptpartei gegenüber. — Vgl. ferner zu § 101 ZPO.

b) München 3. 10. 17, R. 17 Nr. 2040. Der Kl. hatte vergleichsweise seine Kosten, die Gerichtskosten und die Kosten des Bekl. übernommen. Es wurde angenommen, daß er der Sache nach, wenn auch nicht wörtlich die Kosten des Rechtsstreits übernommen habe und daher verpflichtet sei, auch die Kosten der Nebenintervention zu tragen.

§ 99.

1. Zu Abs. 1. Keine Anwendung des § 99 Abs. 1, wenn ein Dritter zu Unrecht mit den Kosten belastet wird. LG. Gießen 20. 9. 16, HessRspr. 17, 262. Das AG. hatte bei einer Entmündigung wegen Trunksucht versehentlich die Staatskasse mit den Kosten belastet. Die Bestimmung des § 99 Abs. 1 ZPO. steht der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen. Die Gründe und Erwägungen, die zur Schaffung dieser Bestimmung geführt haben, daß nämlich Urteile vermieden werden sollen, durch welche Vorentscheidungen, welche in der Hauptsache nicht mehr geändert werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden, können für den Fall nicht zutreffen und ausschlaggebend sein, daß ein Dritter durch eine unrichtige Kostenentscheidung belastet wird. Deshalb kann der § 99 Abs. 1 ZPO. nur den Fall betreffen, daß die den Kostenpunkt anfechtende Partei auch zur Hauptsache Partei ist.

2. Zu Abs. 2. Keine sofortige Beschwerde nach Anerkenntnisurteil auch bei getrennter Kostenentscheidung. München 6. 6. 17, BayRpflZ. 17, 262, SeuffA. 72, 308. Ist eine Entsch. in der Hauptsache ergangen, wie im gegebenen Falle durch längst rechtskräftiges Anerkenntnisurteil, das mangels Mitentscheidung über die Kosten Teilurteil war, so schlägt nicht Abs. 3, sondern Abs. 2 ein. Allerdings ist der Kostenanspruch hier nicht äußerlich in einem einheitlichen Urteil mit dem Anerkenntnisurteil vereinigt, das ist aber belanglos (**RG.** 46, 394, OLG. 2, 253; 3, 436). In der Tat kann es keinen Unterschied bedeuten, ob die widersprechende Kostenverhandlung sofort oder nach einer Vertagung stattgefunden hat.

3. Zu Abs. 3. a) Rechtsmittel gegen eine prozeßordnungswidrig erlassene Kostenentscheidung. Colmar 1. 12. 15, ElsLothJZ. 16, 372. Auch gegen ein Urteil, das unzulässigerweise als Kostenentscheidung statt eines Sachurteils erlassen ist, ist nur die sofortige Beschwerde zulässig.

b) Nach Teilverurteilung und späterer Erledigung des Restanspruchs keine Beschwerde über das Schlußurteil. Celle 8. 11. 16, OLG. 35, 43. Es wird i. S. des Gesetzes die Ansicht vorzuziehen sein, daß eine Anfechtung gemäß Abs. 2 oder 3 soweit statthaft ist, als im Urteil über die Kosten, die den durch Anerkenntnisurteil oder ohne Urteil erledigten Teil der Hauptsache betreffen, gesondert entschieden ist. Ist dagegen die Kostenentscheidung ohne solche Sonderung einheitlich getroffen, sei es, daß sämtliche Kosten einer Partei auferlegt, sei es, daß die Gesamtkosten anteilig verteilt sind, so muß es bei der Regel des Abs. 1 bleiben (**RG.** 55, 398; 71, 416). Wenigstens gilt dies dann, wenn (wie

im gegebenen Falle) ein Teil der Hauptsache, durch ein nicht auf Grund Anerkenntnisses ergangenes Urteil, also durch Sachentscheidung erledigt ist. Vgl. ferner Jena 28. 10. 13, ThürBl. 64, 73.

c) Keine sofortige Beschwerde, wenn der Kostenerstattungsanspruch durch Antragstellung zur Hauptsache gemacht ist. Breslau 19. 4. 17, BreslauAK. 17, 37. Der Kl. hat durch die Erklärung, daß er den Anspruch auf Feststellung der angemeldeten Konkursforderung in einen auf § 286 BGB. gestützten Anspruch auf Erstattung der ihm durch den Verzug des Bekl. entstandenen Kosten des Rechtsstreits umwandele, einen neuen Anspruch an Stelle des erledigten in den Prozeß eingeführt. Über diesen nunmehr zur Hauptsache gewordenen Kostenerstattungsanspruch hat das LG. unter Zulassung der vom Kl. angenommenen Klageänderung die Entscheidung gefällt, daß der Bekl. die Kosten zu tragen hat. Bei richtiger Behandlung der Sache hätte es freilich den Kl. zur ziffernmäßigen Angabe des Betrages der entstandenen Kosten auffordern und den entscheidenden Teil des Urteils dahin fassen sollen, daß der Bekl. zur Zahlung des geschuldeten Betrages und zur Tragung der (seit Zustellung der Klage entstandenen) Kosten des Rechtsstreits verurteilt werde. Durch die vom LG. gewählte Fassung des Urteils mag der Bekl. zu der Annahme veranlaßt sein, es handle sich um eine nach Erledigung der Hauptsache nur über den Kostenpunkt ergangene Entscheidung. Dies kann jedoch nichts an der Tatsache ändern, daß das Urteil ein nach § 511 ZPO. der Berufung unterliegendes Endurteil über die Hauptsache ist.

§ 100.

1. Wie ist zu verfahren, wenn die Kosten, statt nach Quoten verteilt zu werden, insoweit der beklagten Frau auferlegt sind, als sie verurteilt ist, und insoweit dem Kl., als die Klage auf Duldung gegen den Ehemann abgewiesen ist? Hamburg 9. 2. 17, HansGZ. 17 Bbl. 158. Nachdem die wenig glückliche Kostenentscheidung einmal ergangen ist, muß zunächst geprüft werden, ob mit der Klage ein einheitlicher Anspruch gegen die beiden beklagten Eheleute erhoben ist, oder ob verschiedene, rechtlich selbständige Ansprüche geltend gemacht sind. Im ersteren Falle würde sich fragen, ob die Halbierung der Prozeßkosten dem Maße der Beteiligung der Bekl. am Rechtsstreit entspricht. Im letzteren Falle würde dagegen dem jetzt anhängigen Beschwerdeverfahren der Boden entzogen sein. Denn vor der Kostenfestsetzung müßte der Streitwert der beiden verschiedenen Ansprüche festgestellt sein. (Es wird weiter ausgeführt, daß es sich um getrennte, rechtlich voneinander unabhängige Ansprüche handelt.) Ebenso Hamburg 4. 8. 17, HansGZ. 17 Bbl. 291. Vgl. auch Posen 29. 8. 17, PosMSchr. 17, 96 und Landsberg a. a. O., der unter Hinweis auf **RG.** 41, 399 eindringlich die vom RG. so oft gerügte Gewohnheit bekämpft, die Kosten anstatt nach Bruchteilen nach anderen unzulässigen Gesichtspunkten zu verteilen.

2. Vgl. über die Kostenfestsetzung im Falle getrennter Verhandlung und Entscheidung gegenüber mehreren Bekl. auf Widerspruch gegen den ihnen allen gegenüber erlassenen Zahlungsbefehl. LG. Gießen 6. 6. 17, HessRspr. 18, 170.

§ 101.

Kosten der erfolglos durch den Nebenintervenienten eingelegten Berufung. Cassel 4. 2. 15, BuschsZ. 47, 164. Der Nebenintervenient hatte allein Berufung eingelegt, die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels wurden entgegen der jetzigen Rechtspr. des RG. (GruchotsBeitr. 50, 122) dem Bekl. auferlegt (in Übereinstimmung mit der aufgegebenen Entscheidung JW. 04, 288 und der Mehrzahl der Schriftsteller). In der Tat scheint es unbillig, der nicht tätig gewordenen Hauptpartei die Kosten eines von ihr nicht selbst eingelegten Rechtsmittels aufzuerlegen; allein diese Unbilligkeit besteht in Wahrheit nicht, da die unterlegene Hauptpartei es in der Hand hatte, durch Widerspruch die wirksame

Einlegung des Rechtsmittels zu verhindern. Durch die Unterlassung dieses Widerspruchs hat sie das Rechtsmittel erst möglich gemacht.

§ 104.

1. Kostenurteil erforderlich trotz außergerichtlichem Vergleich. Colmar 14. 10. 16, ElsLothJZ. 17, 260. Beim außergerichtl. Vergleich, der an sich den Rechtsstreit nicht beendet und zunächst nur materiellrechtl. Wirkungen hat, können die Parteien eine Kostenerstattung nur erzwingen, wenn sie zuvor ein Urteil über die Kosten erlangt haben. Dieses Urteil können sie nach ihrer Wahl entweder im Wege einer besonderen Klage oder, was regelmäßig einfacher und billiger und deshalb vorzuziehen ist, durch die Fortsetzung des anhängigen Verfahrens herbeiführen. — Ebenso LG. I Berlin, KGBl. 17, 8, wo die Festsetzung der Kosten eines vor Erlaß eines Versäumnisurteils geschlossenen Vergleichs abgelehnt wurde, weil dies keine im Rechtsstreite zu berücksichtigenden Kosten seien. Dagegen Auerbach a. a. O.

2. Erstattung bezahlter Prozeßkosten. Stuttgart 29. 4. 16, WürttZ. 59, 179. Wird ein Urteil in der Berufungsinstanz abgeändert, so kann der obsiegende Teil nicht im Kostenfestsetzungsverfahren verlangen, die von ihm auf Grund des erstinstanzlichen Urteils bezahlten Prozeßkosten des Gegners als Teil der nunmehr ihr von der Gegenpartei zu erstattenden Kosten des Rechtsstreits festzusetzen. Denn diese Kosten waren von ihr nicht zum Zweck der Prozeßführung aufgewendet, sondern sie hat auf Grund des ersten Urteils bezahlt, in gleicher Weise wie auf Grund eines Urteils die Hauptsumme bezahlt wird.

3. Ein Streit über die Höhe der zu erstattenden Kosten kann nur im Festsetzungsverfahren, nicht im Hauptprozeß entschieden werden. a) LG. Breslau 12. 1. 16, BreslauAK. 17, 9 für die Zulässigkeit einer abstrakten Kostenentscheidung, insbesondere für den Fall, daß wenigstens noch streitige Posten vorhanden sind, da diese Auffassung der grundsätzlichen Sonderung entspreche, die die ZPO. für die Entsch. über den Kostenpunkt und für das Verfahren über die Festsetzung der erstattungsfähigen Kosten dem Betrage nach zum Ausdruck gebracht habe. Im Anschluß an KG. 25. 1. 06, OLG. 13, 143 und 16. 12. 07, OLG, 17, 148, Hamburg 14. 1. 07, OLG. 17, 149 und 31. 10. 10, OLG. 23, 155, Kiel 14. 12. 08, OLG. 19, 98, Naumburg 30. 3. 09, OLG. 20, 316 — gegen Dresden 20. 5. 10, OLG. 23, 156, Darmstadt 7. 10. 08, OLG. 19, 97. — b) Ebenso Hamburg 11. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 52, SeuffA. 72, 100. Das Kostenfestsetzungsverfahren ist ein selbständiges Nachverfahren, in dem die Entscheidung über die Richtigkeit der Kostenansätze und insbesondere auch über die Notwendigkeit der Kosten dem Gerichtsschreiber zusteht und das Gericht nur zur Entsch. über eine gegen den Festsetzungsbeschluß eingelegte Erinnerung gemäß § 104 Abs. 3 ZPO. berufen ist.

4. Berichtigung des Prozeßvertreters im Kostenfestsetzungsbeschluß. Hamburg 2. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 164, JW. 17, 909, OLG. 35, 76. Die Frist für die Erinnerung (§ 104 Abs. 3) ist gewahrt, weil die Zustellung an A. und B. (die im Berichtigungsbeschlusse vom 16. 1. 17 als Prozeßbevollmächtigte des Kl. genannt wurden) maßgebend ist. Der Beschl. v. 16. 1. 17 stellt sich seinem Inhalt nach dar als die Berichtigung einer offenbaren Unrichtigkeit; daher ist der für Urteile geltende § 319 entsprechend anwendbar (JW. 97, 233, 564) und erscheint der berichtigte Text als der von Anfang an gültige (**RG.** 29, 405). Es ist also so anzusehen, als ob der Beschluß v. 19. 12. 16 (der ursprüngl. Kostenfestsetzungsbeschluß) von vornherein A. und B. als Prozeßbevollmächtigte des Kl. genannt hätte.

5. Umfang der Instanz i. S. des RGes. v. 8. 11. 16. (Erhöhung des Pauschsatzes nach § 76 RAGO. von 20 auf 30 v. H. (vgl. auch Landsberg, PosMSchr. 17, 82.) a) Posen 1. 2. 17, JW. 17, 240, OLG. 35, 95, PosMSchr. 16, 113. Es ist nicht richtig, daß der Umfang der Instanz i. S. der Kostengesetze anders zu bemessen ist, wie nach den Bestimmungen der ZPO. — Wie der fünfte Titel der ZPO. ergibt, sieht der Gesetzgeber vielmehr die Regelung der Frage, wer die Prozeßkosten zu tragen hat und die Festsetzung der er-

stattungsfähigen Kosten (§§ 103ff.) geradezu als einen Teil des Prozesses an. — Da vorliegend die Zustellung des Urteils erst nach dem Eintritt der Geltungskraft des Ges. v. 8. 11. 16 erfolgte, war die Instanz i. S. des Art. V des Ges. v. 8. 11. 16 noch nicht beendet und schon deshalb die Anwendung des Art. II für das erhöhte Pauschquantum geboten. Ebenso LG. I Berlin 13. 1. 17, JW. 17, 244, KGBl. 17, 23, unter Hinweis ferner auf die Rechtspr. über die erhöhten Gebühren in der Berufungsinstanz nach der Novelle v. 1. 6. 09 (JW. 09, 731, 782, 871), LG. Gießen 14. 12. 16, HessRspr. 17, 337, KG. 23. 1. 17, OLG. 35, 215, LG. Bromberg 10. 1. 17, PosMSchr. 17, 114, LG. Glogau 14. 3. 17, BreslauAK. 17, 30.

b) Anders lag der Fall Hamm 16. 3. 17, JW. 17, 490, wo das Urteil vor dem 16. 11. 16 zugestellt, die Wertfestsetzung unter Mitwirkung des Anwalts später erfolgt war. Nach der Rechtspr., wurde ausgeführt, ist die Instanz mit der Zustellung des Urteils beendigt.

c) Grundsätzlich anders Braunschweig 6. 3. 17, BraunschwZ. 64, 64, OLG. 35, 213. Für das Gericht ist schon mit der Verkündung des Urteils die darin enthaltene Entsch. unabänderlich. Es fehlt an einem inneren Grunde, weshalb nicht schon nach der Verkündung des Urteils die Kosten ausgeschrieben und vom Schuldner (§ 86 GKG.) erhoben werden dürften. Von jeher ist von den Gerichten des Herzogtums angenommen worden, daß schon mit der Urteilsverkündung die Fälligkeit nach § 93 GKG. eingetreten, die Instanz i. S. dieser Vorschrift beendigt sei. Kommen die durch Art. I Nr. 2 erhöhten gerichtl. Pauschsätze in einer vor dem 16. 11. 16 anhängig gewordenen Rechtssache nicht in Ansatz, wenn das Kostenurteil vor diesem Tage verkündet ist, so muß bei den engen Beziehungen zwischen GKG. und RAGO. auch von den durch Art. II erhöhten Pauschsätzen für Rechtsanwälte das gleiche gelten.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 108.

Sicherheitsberechnung im Hinterlegungsschein bei Sicherheitsleistung durch Wertpapiere. R., WürttZ. 59, 92 wendet sich gegen die Aufnahme einer Äußerung über den Kurswert in den Hinterlegungsschein. Die Eigenschaften i. S. des § 418 ZPO. kommen dem die Höhe der Sicherheit betreffenden Teil nicht zu, weil der Aussteller zu einem Zeugnis darüber nicht berufen ist.

§ 109.

1. Teilweiser Wegfall der Veranlassung. KG. 31. 10. 16, KGBl. 17, 3, OLG. 35, 46. Sinngemäß ist die Vorschrift des § 109 dahin auszulegen, daß sie auch den Fall eines teilweisen Wegfalls der Veranlassung zur Sicherheitsleistung umfaßt und die teilweise Freigabe der Sicherheit gestattet, wenn die Veranlassung für den vollen Betrag der Sicherheitsleistung weggefallen ist. (Der entgegengesetzte Standpunkt muß folgerichtig zu dem Ergebnisse führen, daß, wenn auch nur der kleinste Teil eines Streitgegenstandes noch im Rechtsstreite befangen ist, die geleistete Sicherheit, ohne Rücksicht auf ihre Höhe, bisweilen sehr lange Zeit gebunden bleibt. Dies widerspricht ebenso sehr allgemeinen volkswirtschaftl. Interessen, wie dem besonderen Interesse des beteiligten Gläubigers und kann deshalb nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen.)

2. Rückgabe einer Arrestsicherheit. München 31. 8. 17, BayRpflZ. 17, 330. Erst mit der Rechtskraft des Hauptsacheurteils ist das Arrestpfand endgültig in ein gewöhnliches Urteilspfand verwandelt, eine fortdauernde Schädigung zufolge des Arrestes als solchen also nicht mehr möglich.

3. Klage auf Sicherheitsrückzahlung. Posen 1. 10. 17, PosMSchr. 17, 97. Die Beschreitung des Klageweges ist zulässig. Ob Veranlassung vorgelegen, den Anspruch rechtshängig zu machen, wäre nur dann zu prüfen gewesen, wenn der Bekl. den Anspruch nach § 93 ZPO. sofort anerkannt hätte.

4. Kosten. Gebühr nach § 38 Nr. 2 GKG., auch wenn ein Verfahren nach § 109 ZPO. nicht stattfindet, weil der Gegner die Rückzahlung der Sicherheit bewilligt. Dresden 9. 10. 16, BuschsZ. 47, 210, SächsRpflA. 17, 136. Vgl. JDR. 15, 4 u. 14, 3.

§ 110.

1. Sicherheitsleistungspflicht des französ. Klägers. Hamburg 15. 3. 17, DJZ. 17, 620, HansGZ. 17 Bbl. 219, OLG. 35, 46. Art. 17 des Haager Übereink. v. 17. 7. 05 hat infolge Krieges im Verkehr zwischen Deutschland und Frankreich seine Geltung verloren. Von jenem Abkommen abgesehen, besteht aber in Frankreich die Verpflichtung klagender Ausländer zur Sicherheitsleistung nach C. c. Artt. 16, 166, 167. Die früher für Handelssachen nach C. c. Art. 16, C. de proc. Art. 423 geltende Ausnahme ist (Ges. v. 5. 3. 95) weggefallen (PrJMBl. 95, 316).

2. Ausländerkostenvorschußpflicht für Italiener, die mit Genehmigung des Reichskanzlers einen Prozeß in Deutschland während des Krieges fortsetzen. Hamburg 16. 12. 16, JW. 17, 240, HansGZ. 17 Bbl. 73. (Es wird zunächst ausgeführt, daß der Handelsvertrag v. 6. 12. 91 (Art. 3) und das Haager Abkommen v. 17. 7. 05 durch den Krieg außer Kraft getreten seien. Vgl. JDR. 15, 2.) Die Kl. hat sich dann noch darauf berufen, daß das Haag. Abk. in dem AusführungsG. v. 5. 4. 09 bestätigt worden sei und dadurch innerstaatliche Wirksamkeit erlangt habe. Aber auch dieser Einwurf geht fehl. Das Ges., das die Vollstreckung der ausländischen Gerichtsentscheidungen und die Zuständigkeit der inländischen Behörden regelt, hat nicht die den Ausländern durch das Haager Abk. gegebenen Rechte erweitern wollen, sondern hat den Bestand desselben zur Voraussetzung, seine Wirksamkeit erstreckt sich daher nicht weiter als dieses selbst. Um wohlerworbene Rechte (Patente u. dgl., **RG.** 85, 376) handelt es sich hier nicht, sondern lediglich um prozessuale Vorschriften allgemeiner Natur, welche dem einzelnen ein Sonderrecht nicht gewähren.

Siebenter Titel. Armenrecht.

Schrifttum: May, Entlastung der Rechtspflege durch Reform des Armenrechts. — Noest, Armenrecht, DRAZ. 17, 3 u. 18. — Stark, Ist einem in Inland wohnhaften Engländer während des Krieges mit England das Armenrecht zu bewilligen? DJZ. 17, 1021.

§ 114.

1. Die Voraussetzung des notwendigen Unterhalts. Hamburg 29. 6. 17, OLG. 35, 47, SeuffA. 72, 167. Die Bekl., deren Mann zurzeit nicht seiner Unterhaltspflicht auch nur zum Teil zu genügen vermag, bezieht von ihrer wohlhabenden Mutter für sich und ihr Kind vierteljährlich 900 M. Unterhalt. Das mag nicht mehr als standesgemäßer Unterhalt i. S. des § 1610 BGB. sein, vielleicht gar dieses Maß nicht einmal erreichen. Aber § 114 ZPO. macht das Armenrecht nicht von der Beeinträchtigung des standesgemäßen, sondern des für den Antragsteller und seine Familie notwendigen Unterhalts abhängig.

2. Mißbräuchliche Erteilung des Armutszeugnisses. Noest 3 u. 18 wendet sich gegen die „unerhörte Belastung, die den Anwälten eine völlig veränderte Auffassung des Armenrechts auferlege". Das Armutszeugnis werde nicht mehr unter den Voraussetzungen des § 114 ZPO., sondern aus dem sozialen Empfinden heraus erteilt, daß dem kleinen Manne die Bezahlung der Prozeßkosten unbequem sei und, wie in Krankheitsfällen der Arzt, so in Prozessen der Anwalt unentgeltlich bestellt werden müsse. Wenn man aber die soziale Fürsorge nach dieser Richtung ausbauen wolle, so sei der Anwalt aus öffentlichen Mitteln zu bezahlen, wie man den Arzt aus Mitteln der Krankenversicherung bezahle. — Wo zweifellos die Voraussetzung des § 114 ZPO. nicht zutreffe, handle der Anwalt nicht pflichtwidrig, wenn er die Partei über ihren Irrtum aufkläre (daß die Gemeinde zahle) und ihr nahelege, ihn selbst zu bezahlen.

3. Berücksichtigung naheliegender Einwendungen bei Prüfung der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung. München 20. 10. 16, BayRpflZ. 17, 29.

X. verklagte im Armenrecht den Y. auf Zahlung eines Kaufgelderrestes von 1800 M., Y. erhob die Minderungseinrede. Z. pfändete demnächst die eingeklagte Forderung für ein Guthaben von 2300 M. und ließ sie sich zur Einziehung überweisen, sodann einigte er sich mit dem Bekl. auf 900 M. und Kostenteilung. Das Armenrecht wurde entzogen, als X. seine früheren Anträge aufrecht erhielt und dem Vergleich widersprach. X. könne bestenfalls nur Zahlung des noch nicht berichtigten Klageüberschusses über 900 M. zu Händen des Pfändungsgläubigers verlangen, letzterer noch jederzeit an Stelle der Überweisung zur Einziehung eine solche an Zahlungsstatt erwirken. Derartige naheliegende Einwendungen seien bei Prüfung der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung ohne weiteres zu berücksichtigen.

4. Armenrecht für im Inland wohnhafte Engländer. Starck 1021. Nach einer dem LG. Bochum durch Vermittlung einer neutralen Macht erteilten Auskunft des Auswärtigen Amts in London ist die Gegenseitigkeit i. S. des § 114 Abs. 2 ZPO. für in England wohnende Deutsche auch während des Krieges gesichert.

5. Rechtspolitisches. Entlastung der Rechtspflege durch Reform des Armenrechts. May 586 empfiehlt eine ausdrückliche Bestimmung, daß das Gericht das Armenrecht versagen kann, wenn es sachgemäß erscheint, daß der Antragsteller einstweilen nur einen Teil seines Anspruchs einklagt und wenn er imstande ist, die Kosten einer solchen Teilklage zu bestreiten. (Vgl. Winkler, JW. 05, 104.) Ist der Antragsteller auch zur Bestreitung dieser Kosten nicht imstande, so muß das Gericht das Armenrecht auf einen Teilbetrag beschränken, dessen einstweilige Geltendmachung sachgemäß erscheint. — Man sollte ferner die Pflicht der armen Partei, die Gerichts- und Anwaltskosten zu zahlen, und Kosten- und Auslagevorschüsse zu entrichten, auf einen ihrer Vermögenslage entsprechenden Bruchteil der Tarifsätze beschränken, dessen Höhe auf Grund des Unvermögenszeugnisses vom Gericht nach seinem Ermessen festzusetzen ist. — Nicht selten sind die Fälle, in denen ein Armer einen gehaßten Gegner mit immer neuen Prozessen verfolgt. Das Gericht sollte nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände das Recht haben, das Armenrecht so lange zu versagen, bis der Antragsteller dem Gegner die Kosten eines früheren erfolglosen Prozesses ganz oder zu einem vom Gericht zu bestimmenden Teil erstattet hat.

§ 115.

Nr. 3. 1. Grundsätze für die Auswahl des RA. Breslau 16. 12. 16, OLG. 35, 47. Die Beschwerde des beigeordneten RA. kann darauf gestützt werden, daß seine Wahl unbillig und unangemessen sei. Die RAO. sagt nicht, nach welchen Grundsätzen die Auswahl zu treffen sei. Die früheren Gesetze bestimmten zum Teil die Beiordnung nach einer im voraus festzustellenden Reihenfolge. Nach den Motiven zur RAO. (S. 77) wurde eine solche gesetzl. Vorschrift, die ja überhaupt nur einer Überlastung des einen RA. im Vergleich mit den anderen vorbeugen sollte, für entbehrlich erachtet. Jedenfalls ergibt sich hieraus, daß der Wille des Gesetzgebers auf eine gleichmäßige Verteilung der Armensachen ging, und der Wortlaut des Ges. steht dem nicht entgegen. (Folgen Erörterungen über etwaige Ausnahmen.)

2. Keine Haftung des Armenanwalts für den zur Vollmacht seiner Partei erforderlichen Landesstempel. LG. I Berlin 8. 10. 17, KGBl. 17, 78. Die Ausstellung der Vollmacht, deren Beibringung vom Ges. vorgeschrieben ist (vorliegend gemäß § 613 ZPO.), durch die Partei legt dem Armenanwalt nicht die Verpflichtung auf, für die Stempelkosten aufzukommen. Aus § 125 ZPO. ist nur eine Verpflichtung der armen Partei zur Nachzahlung der Kosten herzuleiten, nicht aber eine Verpflichtung des Armenanwalts. — Vgl. weiter zu § 176, 1.

§ 119.

Keine Wirkung des Armenrechts für den Hauptprozeß für das Verfahren auf Erlaß einer einstw. Vfg. Cassel 4. 3. 15, BuschsZ. 46, 416. Die Selb-

ständigkeit beider Verfahren ergibt sich nicht nur aus den Vorschriften der ZPO. über die einstw. Vfg., sondern folgt auch daraus, daß das Verfahren btr. einstw. Vfg. in dem GKG., wie in der RAGO. hinsichtlich der Gebühren wie ein selbständiges, neben dem Hauptprozesse hergehendes Verfahren behandelt wird. — § 119 Abs. 1 könnte dahin verwertet werden, daß die ZPO. von der Ausdehnung des zur Hauptsache bewilligten Armenrechts auf andere besondere, neben der Hauptsache hergehende Verfahren hat absehen wollen. — In § 82 ZPO. ist die Befugnis des RA. zur Vertretung seiner Partei umgrenzt, nicht aber der Umfang seiner Pflicht bestimmt, für sie unentgeltlich tätig zu werden. — Ausschlaggebend für die hier vertretene Ansicht ist der Gesichtspunkt, daß das Gericht bei der Beschlußfassung über das Armenrechtsgesuch einer Partei regelmäßig nicht imstande ist, zu prüfen, ob die Partei etwa im Laufe des Verfahrens Anträge auf Erlaß einstw. Vfg. stellen könnte, und ob diese Anträge nicht aussichtslos oder mutwillig sein würden.

§ 124.

1. Anwendung auf den Fall, daß der Armenanwalt verstorben ist. Darmstadt 18. 11. 16, HessRspr. 17, 261, JW. 17, 54, OLG. 35, 48. Wenn durch § 124 der Armenanwalt berechtigt erklärt wird, seine Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner beizutreiben, so ist ihm dadurch eine Rechtsstellung gegeben, die in der Stellung des Überweisungsgläubigers nach § 835 ZPO. eine Parallele findet, und die man auch als Pfandrecht konstruieren kann. Die arme Partei ist deshalb nicht berechtigt, ohne seine Zustimmung die Kosten auf ihren Namen festsetzen zu lassen. Da die Zustimmung der Erben des Armenanwalts nicht beigebracht ist, hätten die Anwaltskosten erster Inst. nicht zu Lasten des Bekl. festgesetzt werden dürfen.

2. Voraussetzungen für die Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs seitens der im Armenrecht klagenden Partei. LG. Frankfurt a. M. 9. 5. 17, JW. 17, 911. Durch § 124 wird die arme Partei nicht gehindert, unter Zustimmung des RA., oder der RA., im Namen der armen Partei, vom Gegner Zahlung der Anwaltskosten zu verlangen. Daß die arme Partei diese Kosten bereits an ihren RA. bezahlt habe, ist nicht Voraussetzung ihres Anspruchs.

§ 127.

1. Beschwerde wegen Ablehnung einer sachl. Entscheidung. Hamm 10. 1. 17, R. 17 Nr. 249. Hat das Gericht über die Armenrechtsentziehung (Nachzahlung, vgl. **RG.** 20, 417) nicht sachlich entschieden, sondern eine solche Entsch. wegen (vermeintlicher) Erledigung des Rechtsstreits abgelehnt, so trifft der für den Ausschluß der Beschwerde maßgebende Grund nicht zu, indem nicht eine sachl. Entsch. vorliegt und deshalb nicht eine Nachprüfung des hierbei geübten Ermessens in Frage käme. Daher greift nicht die einschränkende Vorschrift des § 127, sondern die allgemeine Bestimmung des § 567 ZPO. Platz und es ist deshalb die Beschwerde zulässig. (Vgl. die im Falle des § 707 Abs. 2 S. 2 ZPO. in der Rechtsübung gemachte Unterscheidung. **RG.** 54, 307 letzt. Abs.)

2. Keine Beschwerde gegen den Beschluß, durch den die Anordnung der Nachzahlung von Kosten abgelehnt wird. Stuttgart 22. 3. 17, R. 17 Nr. 855. Die Bestimmung des § 127 ist dahin auszulegen, daß dadurch regelmäßig alle Beschlüsse, die zugunsten der armen Partei ergehen, für unantastbar erklärt werden sollten. Dies folgt insbesondere aus der Gegenüberstellung derjenigen Fälle, in denen die Beschwerde stattfindet.

3. Die bekl. Ehefrau, der das Armenrecht bewilligt und ein RA. beigeordnet worden ist, ist nicht berechtigt, die Aufhebung des Armenrechtsbeschlusses und die Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses von ihrem Ehemann zu verlangen. KG. 22. 6. 17, KGBl. 17, 83. Der Beschluß, durch den der Bekl. das Armenrecht bewilligt ist, kann von keiner Seite angefochten werden, ist insbesondere auch der Anfechtung seitens des beigeordneten RA. entzogen. Die Bekl. ist nach § 115 auch ohne Zahlung des beantragten Vorschusses zur ordnungsmäßigen Rechtsverteidigung in

der Lage, es fehlt in jedem Falle an dem für die beantragte einstweilige Verfügung vorausgesetzten Erfordernis der Dringlichkeit oder Gefährdung. Ebenso Naumburg 2. 6. 16, NaumburgAK. 17, 55.

4. Keine Beschwerde gegen Entziehung des Armenrechts nach Beendigung der Instanz. München 27. 11. 16, SeuffA. 72, 136.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

Schrifttum: Berger, Zur Frage des Rechtskonsulententums, JW. 17, 587. — Fränkel, Die Erkenntnis des Sachverhalts im bürgerlichen Rechtsstreit, BuschsZ. 47, 150. — Grabner, Die Natur des prozessualen Verzichts und Anerkenntnisses und des Prozeßvergleichs, GruchotsBeitr. 61, 65. — Hellmer, Die Stellung des Schriftführers im Zivilprozesse, AÖstGZ. 16, 413. — Lemme, Aus der Zivilrechtspraxis, R. 17, 549 (bespricht häufig vorkommende Verstöße in den Schriftsätzen, Protokollen, Urteilen und im Verfahren). — Pollak, Richterbericht statt der Parteivorträge und der Aussagen, AÖstGZ. 17, 25. — Sobernheim, Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozeß 1916.

Vorbemerkungen. 1. Erkenntnis des Sachverhalts im bürgerl. Rechtsstreite. Fränkel 150 zeigt, wie die Arbeitsmittel der Geschichtswissenschaft für die Rechtsanwendung nutzbar gemacht werden können. Bei der Erkenntnis des Sachverhalts hat der Jurist drei Aufgaben: die Sammlung des Stoffes, seine Feststellung und Darstellung. a) Die Sammlung und Feststellung des Stoffes vollzieht er mit denselben Hilfsmitteln jedoch in umgekehrter Richtung und in verschiedener Intensität. — Der Jurist hat sich die ihm von der Partei berichteten Tatsachen im Rahmen des gesetzl. Tatbestandes im Zusammenhange vorzustellen, aus ihnen den wirkl. Hergang zu reproduzieren. Hand in Hand damit geht die Verknüpfung (Kombination) der gegebenen Tatsachen. Jedes einzelne von der Partei vorgebrachte Faktum darf zunächst nur als eine Ausdrucksform hingenommen, muß auf seinen Kern geprüft und nach seiner wirklichen Bedeutung festgestellt werden. Diese Tätigkeit ist das, was die Geschichtswissenschaft die Interpretation, die Deutung der Quellenzeugnisse i. S. ihres weiteren und engeren Zusammenhanges, nennt. b) Die eigentl. Stoffeststellung beginnt mit der Benutzung der Beweismittel. Die Arbeit des Historikers nützt auch hier dem Juristen, da sie mehr auf den Inhalt als auf die Form geht. — Vgl. ferner zu § 313 Nr. 3 ZPO.

2. Anfechtung von Prozeßhandlungen. Grabner 74. Bei der Behandlung der Frage müssen die Arglist (Betrug, Täuschung) und der Irrtum gesondert behandelt werden. — Daraus, daß Arglist und Irrtum im Prozeß Unterlassungen hervorrufen können, folgt, daß es sich nicht um die Geltendmachung von Willensmängeln i. S. von §§ 119ff. BGB. handelt. Solche sind nur beim (rechtsgeschäftl.) Handeln denkbar. Namentlich bei der Arglist im Prozesse wird deutlich, daß nicht die eigene Täuschung, sondern das arglistige Handeln des Gegners geltend gemacht wird. Auch in den Fällen der Restitutionsklage (§ 580) ist meist das Gericht der getäuschte Teil. — Die Partei ist nicht darauf beschränkt, nur die Fälle der Restitutionsklage geltend zu machen, sie kann jedes arglistige Verfahren des Gegners, das ihr Verhalten beeinflußt hat, vorbringen. An die formalen und zeitlichen Beschränkungen der §§ 123ff. BGB. ist die Geltendmachung nicht geknüpft, weil es sich um prozessuale Vorgänge handelt. — Soweit die Anfechtung wegen Irrtums in Frage kommt, bezweifelt Grabner, ob das Zugeständnis, das **RG.** 69, 261 noch machen will, gerechtfertigt ist. Der Prozeß irrt von seinem Ziele völlig ab, wenn nicht mehr über den eigentlichen Streitstoff, sondern über die mißglückten Prozeßhandlungen der einen Partei verhandelt und Beweis erhoben wird. Namentlich für den Prozeß bei Kollegialgerichten ist es kaum zu rechtfertigen, das Publikum zu zwingen, einen RA. anzunehmen und diesem die Berufung auf Irrtum zu gestatten, weil sonst die Entscheidung zu erheblichen Verletzungen des materiellen Rechtes führe. → Der Prozeß ist aber nicht um seiner selbst willen da, sondern dient zur Durchführung des materiellen Rechts. ←

§ 128.

1. Zwingende Natur der Vorschrift. Colmar 7. 6. 16, ElsLothJZ. 16, 350. Die Vorschrift ist zwingender Natur; weder die Parteien können auf die mündl. Verhandlung ganz oder teilweise verzichten, noch ist das Gericht befugt, ein abweichendes Verfahren anzuordnen. Die Auflage des Gerichts an den Bekl., die Erklärung auf die Eideszuschiebung nach dem Schlusse der mündl. Verhandlung innerhalb der Spruchfrist beizubringen, ist daher rechtswidrig und ohne rechtl. Wirkung; infolgedessen hat auch die Unterlassung dieser Erklärung innerhalb dieser Frist keine rechtl. Wirkung, insbesondere nicht die des § 455 ZPO.

2. Nichtverwertbarkeit nicht protokollierter Wahrnehmungen und Folgerungen des beauftragten Richters. **RG.** 1. 3. 17, R. 17 Nr. 886. Dem Gericht ist es zwar nicht verwehrt, die sinnenfälligen Eindrücke von der Person eines Zeugen, Sachverständigen oder einer Partei im Urteile zu verwerten. Es verletzt aber (**RG.** 17, 425, JW. 87, 187, GruchotsBeitr. 51, 193) die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, wenn es derartige Eindrücke berücksichtigt, die nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. Bisher ist dies zwar nur bezüglich der Zeugen ausgesprochen. Das gleiche muß aber auch bei den Parteien gelten. (Ob eine Ausnahme im Falle eines in der Verhandlung vorgetragenen Protokollvermerks bestände, wurde unerörtert gelassen, da ein solcher fehlte.)

3. Rechnerische Ermittlung des Betrages des Klageanspruchs durch einen Rechnungsbeamten nach Schluß der mündl. Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht. **RG.** 14. 5. 17, LeipzZ. 17, 1356. Wäre die Berechnung von dem BG. ohne Zuziehung des Rechnungsbeamten vorgenommen worden, so hätte keine Veranlassung vorgelegen, sie vor Verkündung einer Entscheidung den Parteien bekannt zu geben und eine Verhandlung darüber herbeizuführen, es liegt aber kein Grund dafür vor, daß anders verfahren werden müßte, wenn die Berechnung von einem Dritten nach der Anweisung und unter der Kontrolle des Gerichts erfolgt ist. — Vgl. ferner § 453 ZPO.

4. Österreichisches Recht. Pollak 25 (zu §§ 138, 412 österr. ZPO.). Daß die Gerichte trotz einer Änderung in der Gerichtsbesetzung den Sachverhalt durch den Vorsitzenden darstellen lassen, widerspricht dem Ges. Dieser Verstoß gegen das Ges. hört auch nicht deshalb auf, ein solcher zu sein, weil er die Zustimmung der Prozeßparteien findet oder von denselben nicht i. S. des § 196 österr. ZPO. gerügt wird. Denn die §§ 138, 412 ZPO. sind unnachgiebiges, zwingendes Recht. — Auf dem Gebiete des Privatrechts ist den Parteien erlaubt, was ihnen nicht verboten ist; auf jenem des Zivilprozeßrechts ist ihnen verboten, was nicht erlaubt ist.

§ 138.

Berücksichtigung des ungünstigen Parteivorbringens. Sobernheim behandelt die in Frage kommenden Fragen unter scharfer Scheidung zwischen solchem Vorbringen einer Partei, das der Gegner bestritten hat, und solchem, das unbestritten geblieben ist. (Strenge und weitere Durchführung des von Stölzel, Schulung II 50ff. eingenommenen Standpunktes.) Im ersten Teil der Schrift werden erörtert die vom Gegner nicht aufgenommenen ungünstigen Angaben (15—162), im zweiten die vom Gegner aufgenommenen ungünstigen Angaben (= Geständnis) 163—204. In der ersten Gruppe wird unterschieden zwischen den vom Gegner weder bejahten noch bestrittenen Anführungen (bei Versäumnis des Gegners entscheidet § 331 ZPO., der auch rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen umfaßt — bei passivem Verhalten des erschienenen Gegners entscheidet § 138 ZPO. — 121), und den vom Gegner bestrittenen Anführungen. Für die letzteren wird der Standpunkt **RG.** 78, 345 bekämpft, daß auch bestrittenes, der anführenden Partei selbst ungünstiges Vorbringen dem Urteil stets zu ihren Ungunsten zugrunde zu legen sei (44), und unterschieden zwischen unmittelbar erheblichen Tatsachen

auf der einen und Indizien (Hilfstatsachen des Beweises) auf der anderen Seite. Wenn unmittelbar erhebliche Tatsachen bewiesen, aber nicht behauptet sind, gilt der Satz: Das Gericht darf der Beweisaufnahme keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel entnehmen, wohl aber Modifikationen der geltendgemachten (70). Wenn ungünstige Angaben über solche Tatsachen bestritten werden, so kommt es darauf an, ob die Klage schlüssig ist oder nicht. Bei schlüssiger Klage wird ohne Rücksicht auf das Bestreiten des Kl. jeder dem Bekl. nach seiner eigenen Angabe nachteilige Tatbestand zu seinen Ungunsten unterstellt. Ist das Vorbringen des Kl. nicht schlüssig, so wird die Klage abgewiesen, auch wenn bei Zugrundelegung des Vorbringens des Bekl. zu verurteilen wäre. Abweichungen von diesen Grundsätzen kommen bei der negativen Feststellungsklage vor (88ff., 94ff., 151ff.). Vgl. zu § 288 ZPO.

§ 139.

1. Fragepflicht des Gerichts im Falle einer plötzlichen Prozeßwendung. **RG.** 22. 1. 17, R. 17 Nr. 429. (Der RA. hatte seine Aufmerksamkeit dem in erster Linie in Frage kommenden Scheidungsgrund des Ehebruchs zugewendet und, als im letzten Augenblicke der von der Bekl. zugeschobene Eid über die Verzeihung zurückgezogen wurde, an die hierdurch möglich werdende Wendung des Prozesses nicht gedacht und die Bedeutung der übrigen Scheidungsgründe übersehen.) Beruht der Nichtvortrag nur auf einem augenblickl. Vergessen oder Übersehen des RA., so erwuchs dem OLG., das hierüber nicht wohl im unklaren sein konnte, die Fragepflicht; um einen neuen Klagegrund handelte es sich nicht.

2. Keine Pflicht des Gerichts, nach dem Inhalt eines um Jahre zurückliegenden Schriftsatzes zu forschen. **RG.** 11. 5. 17, R. 17 Nr. 1667.

3. Verpflichtung des Gerichts, auf die nach § 268 Nr. 2 ZPO. zulässige Stellung eines seiner Rechtsauffassung entsprechenden Antrages hinzuwirken. **RG.** 9. 10. 16, R. 17 Nr. 856.

§ 144.

Anwendung des § 144 ZPO., wenn die Partei mangels Kostenvorschusses mit dem Beweismittel ausgeschlossen ist. **RG.** 19. 9. 16, LeipzZ. 17, 323. Der Ausschluß des vom Bekl. beantragten Sachverständigenbeweises rechtfertigt sich durch §§ 402, 379 ZPO. Daß zur Zeit der Einforderung des Vorschusses — Mai 1915 — infolge der Kriegsverhältnisse der Verkehr zwischen Deutschland und Italien erschwert sein mochte, ändert hieran nichts. Das OLG. hatte allerdings gemäß § 144 die Befugnis, von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen. Ob es hiervon Gebrauch machen wollte, lag in seinem Ermessen. Die Art der Ausübung dieses Ermessens ist der Nachprüfung der Rev. entzogen.

§ 147.

Über die sinngemäße Anwendung der Vorschrift auf das Verwaltungsstreitverfahren. Pr. OVG. 9. 3. 15, DJZ. 17, 527.

§ 148.

1. Aussetzung der auf § 1578 BGB. gestützten Feststellungsklage während Bestehens der Ehe. Dresden 12. 7. 16, JW. 17, 304. Die Zulässigkeit der auf § 1578 BGB. gestützten Klage muß so lange verneint werden, als nicht die Ehe rechtskräftig geschieden ist. Deshalb war auch der nach § 148 ZPO. gestellte Aussetzungsantrag der Kl. zurückzuweisen. Die Aussetzung darf nicht dazu dienen, der klagenden Partei erst die Grundlagen für die Zulässigkeit ihrer Klage zu verschaffen (vgl. auch zu § 1578 BGB.).

2. Aussetzung wegen eines im Ausland anhängigen Rechtsstreits. KG. 5. 3. 17, DJZ. 17, 436. (Geklagt war auf Zahlung einer Vertragsstrafe aus einem Vertrage, dessen Nichtigkeitserklärung vor einem Wiener Gerichte betrieben wurde. KG. erklärte die Aussetzung für zulässig.) In Frage kommen könnte nur, ob der Umstand der An-

wendung der Bestimmung im Wege steht, daß der Rechtsstreit über das Bestehen des Vertrages nicht bei einem deutschen Gerichte anhängig ist. Diese Frage ist aber wenigstens für den Fall zu verneinen, daß die Gegenseitigkeit für die Anerkennung der Urteile verbürgt ist (§§ 328 ⁴ ZPO.). Diese Rechtsbeziehungen bestehen zwischen Deutschland und Österreich.

3. Aussetzung nach § 901 RVO. **RG.** 4. 10. 17, R. 17 Nr. 2098. § 901 RVO. bezweckt die Verhütung widersprechender Entscheidungen; diese Gefahr entfällt auch dann, wenn ein Ausspruch der Versicherungsbehörden nicht ergehen wird. Der Verletzte ist nicht verpflichtet, einen Anspruch geltend zu machen, wenn er aus zutreffenden Gründen annimmt, keine Entschädigung fordern zu können.

§ 156.

Kein Antrags- und Beschwerderecht der Parteien. Frankfurt 21. 12. 16, FrankfRdsch. 50, 277. Die Anordnung der Wiedereröffnung der Verhandlung gehört zu denjenigen Maßregeln, die das Gericht immer nur von Amts wegen beschließen kann, auf deren Erlassung keine der Parteien ein Recht hat und die von den Parteien höchstens angeregt, aber nicht mit der Wirkung eines der Entscheidung bedürftigen besonderen Gesuches beantragt werden können. — Um so weniger hat diejenige Partei eine Beschwerde, welche der von dem Gegner angeregten Wiedereröffnung der Verhandlung vergeblich widersprochen hat. Derartige Anregungen oder Widersprüche sind in der ZPO. überhaupt nicht vorgesehen und, sowenig sie eines besonderen Bescheides bedürfen, kann im Beschwerdewege verlangt werden, daß sie nochmals nachgeprüft werden.

§ 157.

1. Untersagung des Gewerbes als Rechtsagent. § 35 Abs. 1 u. 3 GewO. BadVerwGerH. 23. 9. 14, BadRpr. 17, 5. Aus dem Wortlaute des § 35 Abs. 1 GewO. ergibt sich ohne weiteres, daß schon die Abfassung der zu den darin bezeichneten Zwecken erforderlichen schriftl. Aufsätze als eine unter diese Bestimmung fallende Tätigkeit anzusehen, und es hierzu nicht weiter erforderlich ist, daß der Verf. der Aufsätze sie auch für die Auftraggeber unterzeichnet oder als ihr Bevollmächtigter bei den Behörden persönlich auftritt.

2. Berger 587 bespricht die Nachteile der Rechtskonsulententätigkeit auf dem Gebiete der Kriegsgesetzgebung und die Vorschriften, die auf Grund § 38 Abs. 4 GewO. in Baden, Bayern, Preußen, Sachsen, Württemberg und anderen Bundesstaaten erlassen sind.

§ 159.

Folgen der Nichtzuziehung eines Protokollführers. Österreichisches Recht. Österr. ObGH. 23. 1. 17, AÖstGZ. 17, 120. Die Nichtzuziehung eines Protokollführers im Verfahren erster Instanz begründet keine Nichtigkeit i. S. des § 477 Z. 2 ZPO., da dieser Nichtigkeitsgrund nur dann vorliegt, wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war, bei Bezirksgerichten nach § 6 JN. die Gerichtsbarkeit durch Einzelrichter ausgeübt wird, der Protokollführer daher nicht Mitglied des erkennenden Gerichts ist. War aber das Verfahren in der ersten Instanz wegen des Mangels des Protokollführers nicht nichtig, so bildet auch die Nichtbeseitigung dieses Mangels keinen Nichtigkeitsgrund. Anders Hellmer 413 gegen Szepesy, der seine Ansicht AÖstGZ. 17, 17 auf Grund § 213 Abs. 2 österr. PO. aufrecht erhält.

§§ 160, 162.

Protokollierung des Prozeßvergleichs. KG. 15. 12. 16, OLG. 35, 48. Ein gerichtlicher Vergleich ist nach §§ 160, 162 niederzuschreiben und das Protokoll ist zu verlesen, und wenn es dem Willen der Parteien entspricht, von ihnen zu genehmigen. Da hier das Protokoll nicht genehmigt ist, so fehlt die Beurk., die die §§ 160, 162 vorschreiben. Nach § 152 Abs. 2 BGB. gilt aber ein Vertrag, dessen Beurkundung vereinbart ist, im Zweifel nicht, solange die Beurkundung nicht erfolgt ist.

Zweiter Titel. Zustellungen.

§ 166.

Bedeutung der ordnungswidrigen Zustellung. **RG.** 24. 4. 17; 90, 173, JW. 17, 662, R. 17 Nr. 1112. Die Zust. ist eine Handlung, ein tatsächl. Akt, der, wenn er einmal wirkungslos vorgenommen ist, rechtlich ebenso anzusehen und zu behandeln ist, als wenn überhaupt nichts geschehen wäre. Er kann daher durch nachträgl. Handlungen nicht ergänzt und nicht rückbezüglich mit Rechtswirkung ausgestattet werden. (Betraf die Zust. eines Urteils, das hinterher berichtigt wurde, indem der Eingangsvermerk mit den Namen der unterschreibenden Richter in Übereinstimmung gebracht wurde. Vgl. zu § 313, 1 ZPO.)

§ 172.

1. Zwingende Natur der Vorschrift? Bejahend: LG. I Berlin 14. 11. 16, JW. 17, 57. Die Vorschrift muß befolgt werden, um eine gültige Zust. zu bewirken. Es ist dabei auch gleichgültig, ob irgendein anderer Brief den Empfänger erreicht hat, oder ob er ihm etwa in einer für andere Zustellungen vorgeschriebenen Weise zugestellt ist. — Das RG. hat in seinen Urteilen DJZ. 15, 423, 615 die Ersatzzust. an ein Dienstmädchen oder einen Angestellten des Unteroffiziers für ungültig erklärt. Damit ist aber auch die Gültigkeit der Zust. an den Unteroffizier direkt verneint; denn wenn ihm überhaupt direkt zugestellt werden könnte, müßte auch die Ersatzzust. gemäß §§ 181, 183 zulässig sein. (Vgl. JDR. 14, 1; 15 I 1 u. 2.) Für die zwingende Natur der Vorschrift unter Hinweis auf Art. 28 Ziff. 3 der Ausführungsanw. v. 28. 11. 99 zur VO. v. 15. 11. 99 (GS. 545) auch PrOVG. 7. 11. 16, PrVerwBl. 38, 461.

2. Verneinend. a) **RG.** 2. 1. 17, JW. 17, 297, R. 17, 83, WarnE. 17, 49. In § 172 ist für die dort bezeichneten Zust. ein besonderer Weg gewiesen. Damit war aber nicht gesagt, daß die Zust. nur auf diesem Wege und nicht auch nach den sonstigen Vorschriften der ZPO. erfolgen könne. (Mit § 1 der BRVO. v. 22. 12. 15 sollte nicht neues Recht geschaffen, sondern nur der hervorgetretene Zweifel über die Bedeutung des § 172 gelöst werden. § 1 hat ausdrücklich bestimmt, was richtiger Auffassung nach schon vorher Rechtens war.) — Vgl. über die Auslegung des § 172 vom Standpunkte der VO. v. 22. 12. 15 aus auch Kriegsbuch 2, 9; 3, 37; 4, 739, insbesondere **RG.** 20. 10. 16. (Ist vor dem Inkrafttreten der VO. eine wegen § 172 unwirksame Ersatzzust. erfolgt und sodann auch noch vor dem Inkrafttreten der VO. eine neue nach damaligem Recht wirksame Zust. vorgenommen, so verlieren diese neue Zust. und das auf Grund derselben eingelegte Rechtsmittel nicht nachträglich deshalb ihre Wirksamkeit, weil durch die VO. nachträglich auch die erste (Ersatz-zust. gültig geworden ist.)

b) LG. Frankfurt a. O. 12. 4. 17, JW. 17, 670. Ganz offensichtlich war bei der Vorschrift nicht an Fälle gedacht, wo der Truppenteil sich im Auslande befindet und der Heeresangehörige sich für längere Zeit auf Urlaub im Inlande an seinem bürgerl. Wohnsitz aufhält, so daß er ohne weiteres für unmittelbare persönl. Zust. jederzeit erreichbar ist. — Die gegenteilige Meinung, daß § 172 eine zwingende Vorschrift sei, nötigt zu einem sachl. unverständl. Umweg der Zust.

§ 175.

Aufgabe zur Post während der Kriegszeit. § 39 GVollzGeschAnw. 24. 3. 14. Bescheid des Präsid. des AG. Berlin-Mitte 3. 2. 17, KGBl. 17, 43. Nach der Bek. Nr. 2 des Staatssekretärs des Reichspostamts werden während des Krieges nur offene Sendungen in deutscher Sprache angenommen, während nach der Anordnung v. 16. 10. 14 von der Annahme bei den deutschen Postanstalten Postsendungen nach den darin bezeichneten Ländern überhaupt ausgeschlossen sind. Diese Anordnungen der zuständigen Reichsbehörde sind von dem Gerichtsvollzieher zu beachten, da eine reichsgesetzl. Bestimmung nicht entgegensteht, denn die Prozeßordnung schreibt nicht vor, daß das zu übergebende Schriftstück verschlossen zur Post zu geben ist, sondern nur, daß der GV. das zu

übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post zu geben hat.

§ 176.

1. **RG.** 25. 10. 16; 89, 42, JW. 17, 44, R. 17 Nr. 73 u. 78. Die Zuordnung eines Pflichtanwalts steht — auch in Verbindung mit der Mitteilung des Zuordnungsbeschlusses an die Gegenpartei — der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten, wie der § 176 sie verlangt, nicht gleich. Der entgegengesetzten Ansicht Steins (Anm. III 2 zu § 176) kann nicht beigetreten werden. — In die prozeßrechtl. Beziehungen der Parteien zueinander greift der Zuordnungsbeschluß nicht ein. Erst wenn der beigeordnete Pflichtanwalt nach außen erkennbar als Prozeßbevollmächtigter der armen Partei handelnd auftritt, gilt er auch dem Gegner gegenüber als bestellter Prozeßvertreter i. S. des § 176, gleichviel ob eine Vollmacht der armen Partei vorliegt oder nicht.

2. **RG.** 4. 5. 17; 90, 192. Die Ansicht, daß im Falle des § 25 RAO. von der Erstattung der im § 29 vorgeschriebenen Anzeigen die Wirksamkeit der Bevollmächtigung abhänge, ist rechtsirrtümlich. Die Vollmacht kann hier wie in jedem anderen Falle durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt werden (§ 167 BGB.). § 29 RAO. enthält eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nur disziplinarrechtliche Bedeutung hat.

§ 182.

Dresden 12. 7. 16, JDR. 15 jetzt auch SächsOLG. 38, 67.

§ 184.

Keine Ersatzzustellung im Installationsbüro einer AktGes. Breslau 23. 10. 16, BreslauAK. 17, 7. Die Kl. hat den Beschluß der Allg. Elektrizitätsgesellschaft in einem ihrer Geschäftslokale in K. zustellen zu lassen, ohne jetzt noch behaupten zu können, daß das „Installationsbüro" in K. eine Zweigniederlassung der Allg. Elektrizitätsges. sei. — Die AG. hat unstreitig ihren Sitz in Berlin. Deshalb ist dasjenige Geschäftslokal, in welchem gemäß § 184 eine Ersatzzust. an einen Bediensteten bewirkt werden kann, ausschließlich das Lokal, in welchem in B. die Geschäfte der Allg. Elektrizitätsges. erledigt werden. Es ist also unerheblich, ob der Direktor H. und Bergassessor L. in K. nicht nur Direktoren des „Installationsbüros" daselbst sind, sondern auch Mitglieder des Vorstandes der AG., da die Zust. weder an sie persönlich, noch in ihrer Wohnung gemäß § 181 ZPO. erfolgt ist, sondern an den Bürodiener B. im „Installationsbüro". Das BG. hat endlich auch die Auffassung abgelehnt, § 184 betreffe nur einen besonderen Fall des § 183 Abs. 1. Letzterer bezieht sich nur auf Einzelpersonen, welche ein Gewerbe betreiben, also auch auf off. HG. Ihnen kann in ihrem Geschäftslokale zu Händen eines Gewerbegehilfen zugestellt werden, auch wenn das Lokal in einer vom Wohnsitz des Gewerbetreibenden weit entfernten Ortschaft sich befindet und eines von mehreren Geschäftslokalen dieses Gewerbetreibenden ist. Für Vereine, als welche i. S. der ZPO. auch AG. anzusehen sind (§§ 17, 22), gilt ausschließlich § 184, wenn eine Ersatzzust. in dem Geschäftslokal bewirkt werden soll, und dieser kennt nur das Geschäftslokal des Vereines (und der AG.). Von dieser Auffassung geht auch die Geschäftsanweisung für GV. aus (PrJMBl. 06, S. 21 § 29 Nr. 4).

§ 191.

Beweise zur Ergänzung mangelhafter Zustellungsurkunden. **RG.** 22. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 485, LeipzZ. 17, 807, R. 17 Nr. 858, 859, WarnE. 17, 285. Die Folge eines Mangels aus § 191 Nr. 4 besteht nur darin, daß die Urkunde allein nicht geeignet ist, die gültig geschehene Zust. zu beweisen. Dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß durch die Urkunde in Verbindung mit anderweiten Beweisen die Ordnungsmäßigkeit der Zust. dargetan wird. Die Meinung, daß ein Mangel der ZustUrk. notwendigerweise die Ungültigkeit der Zust. zur Folge haben müsse, ist in der Praxis nur vorübergehend zur

Geltung gekommen. Das RG. hat schon seit langen Jahren Beweise zur Ergänzung mangelhafter ZustUrk. zugelassen (**RG.** 17, 404, 413, GruchotsBeitr. 36, 126). (Im gegebenen Falle hatte der GV. das Schriftstück einem Angestellten der Behörde in der irrigen Meinung übergeben, daß er der Vorsteher sei. Es wurde der Zeugenbeweis darüber zugelassen, daß der GV. den Vorsteher nicht angetroffen hatte und deshalb die Ersatzzust. an den Angestellten wegen Abwesenheit des wirklichen Vorstehers gültig war.) Es ist nicht einzusehen, weshalb einer auf jene Tatsache bezüglichen Bescheinigung des GV. größere Bedeutung beizumessen gewesen wäre, als der glaubhaften Aussage eines beeidigten Zeugen.

§ 193.

Die Gefahren der Postzustellung. v. Harder, JW. 17, 153 weist darauf hin, daß der Staat für die Folgen einer falschen Zust. durch die Post nicht haftet (was bei der großen Zahl der in der Kriegszeit verwendeten Hilfsbriefträger von Bedeutung sei) und empfiehlt den RA., in allen Fällen, wo durch die Zust. eine Frist gewahrt wird, diese durch GV. bewirken zu lassen.

§ 198.

Zustellung von Anwalt zu Anwalt. KG. 23. 6. 17, JW. 17, 819. Ein RA., der nicht zum Vertreter bestellt war, hatte mit dessen Zustimmung für einen anderen RA. eine ZustUrk. unterzeichnet. KG. hielt dies für rechtsunwirksam. Dem RA. ist der nach § 19 RAO. bestellte ZustBevollm. und der nach § 25 RAO. bestellte ständige Vertreter gleichzustellen (JW. 99, 304; 04, 145). Ob auch sonstwie ein Dritter im Einzelfalle von dem die Partei vertretenden Anwalt zur Ausstellung des Empfangsbekenntnisses bevollmächtigt werden kann, bedarf keiner Erörterung. Jedenfalls erscheint es gegenüber der Ausnahmevorschrift des § 198 nicht zulässig, daß ein RA. allgemein einen anderen ermächtigt, in seiner Abwesenheit Zust. für ihn entgegenzunehmen und das Empfangsbekenntnis nach § 198 für ihn zu unterzeichnen. (Auch die nachträgl. Genehmigung der Unterzeichnung wurde für unzulässig erklärt.)

§ 199.

1. Zustellung des Urteils eines deutschen Gerichts in Polen nach § 199 ZPO. LG. Freiberg (Sachsen) 23. 6. 17, JW. 17, 873. Der Kl. bezieht sich darauf, daß Polen von deutschen Truppen besetzt sei, daß es nach der Kundgebung der beiden Kaiser v. 5. 11. 16 als Königreich Polen einen dem Deutsch. Reiche befreundeten Staat bilde und daß dort nach der VO. des Generalgouverneurs v. 21. 3. 15 und 18. 11. 16 die deutsch. ZPO. gelte. Indessen kann das alles nichts daran ändern, daß Warschau, „als im Ausland gelegen" i. S. von § 199 ZPO. zu behandeln ist. Wenn auch die ZPO. in Polen gilt, so gilt sie dort nur als dortiges Recht, nicht aber reichsdeutsch. Recht. Vgl. **RG.** 22. 3. 17, zu § 549.

2. Keine Zustellung von Anfechtungsankündigungen im Auslande durch Vermittlung des Gerichts nach §§ 199, 202 ZPO. LG. Nürnberg 12. 5. 17 oben zu § 132 BGB.

§§ 203, 204.

1. Keine Verweigerung der öffentl. Klagezustellung wegen zu erwartender Aussetzung gemäß § 247 ZPO. Karlsruhe 23. 5. 17, BadRpr. 17, 103. Eine Prüfung des voraussichtl. Erfolges der zu erhebenden Klage ist bei der Entscheidung über das Gesuch um die Bewilligung ihrer öffentl. Zust. gemäß § 204 ebensowenig statthaft, wie bei der Vorbescheidung eines Gesuchs um die Zust. mittels Ersuchens gemäß § 199. Tatsächlich kommt die Verweigerung der Bewilligung der öffentl. Zust. der Klage in ihrer Wirkung einer Aussetzung des Verfahrens schon vor dessen Anhängigwerden gleich.

2. Kriegsrecht. BRVO. v. 16. 12. 16 (RGBl. 1396ff.) betreffend Verträge mit feindl. Ausländern. Erleichterung des VU. (§ 4 Liegen für die Zustellung der Klageschrift an den feindl. Staatsangehörigen die Voraussetzungen der öffentl. Zust. vor und

erbietet sich der Kl., eine Mitteilung über den Inhalt der Klage unter Angabe des Verhandlungstermins in einem neutralen Lande durch eingeschriebenen Brief unter der Adresse des Bekl. zur Post zu geben, so kann bei Bewilligung der öffentl. Zust. das Gericht anordnen, daß die in § 204 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebene Veröffentlichung nur einmal im Reichsanzeiger zu erfolgen hat. Ebenso kann verfahren werden, wenn das dem feindl. Staatsangehörigen zuzustellende Schriftstück eine Ladung enthält.) Vgl. hierzu Werner, LeipzZ. 17, 374, Schaps, DJZ. 17, 179, Wertheimer, JW. 17, 128.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 216.

Wahrung einer prozessualen Frist durch Einreichung eines Schriftsatzes bei dem Gerichtsvorsitzenden außerhalb der Gerichtsräume. Nöldecke, BuschsZ. 46, 420 wendet sich gegen Hamburg 23. 6. 15, wonach eine Frist nur durch die rechtzeitige Einreichung bei dem Gerichtsschreiber oder der für ihn bestimmten Stelle für die Annahme von Eingängen, die an das Gericht gerichtet sind, gewahrt werden könne. Man wird sagen müssen, daß ein Schriftsatz, der in die Hand des Vorsitzenden des Gerichts gelangt, sich in der Verfügung des Gerichts befindet. — Allerdings ist der Vors. nicht verpflichtet, außerhalb seiner Amtsräume Schriftsätze entgegenzunehmen. Nimmt er aber einen Schriftsatz trotzdem an, dann muß dieser als dem Gericht eingereicht gelten. Vgl. auch JDR. 14, 2 u. 15, 1b u. c zu § 518 ZPO., KG. 17. 10. 16 auch KGBl. 17, 12, LeipzZ. 17, 80 u. OLG. 35, 50, Posen 30. 8. 16 jetzt auch OLG. 35, 51.

§ 227.

1. Vorverlegung des Termins. Entsprechende Anwendung des § 225. Colmar 4. 7. 16, ElsLothJZ. 17, 190, OLG. 35, 51. Über die Vorverlegung des Termins enthält die ZPO. keine ausdrückliche Bestimmung; § 227 Abs. 2 behandelt nur die Hinausschiebung eines Termins, wie sich aus der Verweisung auf die Bestimmungen über Verlängerung von Fristen ergibt. Da durch die Vorverlegung die Frist, die zwischen dem ursprünglich bestimmten Termine und seiner Bekanntgabe an die Parteien lag, abgekürzt wird, können nur die von einer Abkürzung, nicht die von einer Verlängerung einer Frist handelnden §§ 224ff. entspr. Anwendung finden. Der herrsch. Meinung, daß nicht § 226, sondern §§ 224, 225 entsprechend anzuwenden, ist beizutreten. Denn die §§ 224, 225 treffen die allgemeinen Vorschriften über die Abkürzung von Fristen, § 226 den besonderen Fall der Abkürzung einer Einlassungs- oder Ladungsfrist. Auf die Vorverlegung eines Termins ist deshalb § 225 Abs. 2 anzuwenden. (Anhörung des Gegners.)

2. Beschwerde gegen eine die Vorverlegung eines Verhandlungstermins ablehnende Entsch. Colmar 20. 5. 16, ElsLothJZ. 17, 117. (Es war auf Antrag der Kl. am 9. 3. 16 Vertagung beschlossen und neuer Termin auf den 19. 10. 16 bestimmt worden. Den Antrag des Bekl. auf Vorverlegung dieses Termins hatte das LG. mit der Begr. abgelehnt, die Sache sei nicht eilig, wie schon daraus hervorgehe, daß der Bekl. der Vertagung nicht widersprochen habe. OLG. hob auf.) Wenn der Prozeßbevollmächtigte der Vertagung nicht widersprach, so kann daraus keineswegs geschlossen werden, daß er damit einer solchen auf länger als 7 Monate zustimmen wollte. Auf baldmögliche Verhandlung hat jede Partei ein Anrecht, ohne dazu eine besondere Dringlichkeit dartun zu müssen. Etwaiger Verschleppung durch die Parteien ist gegebenen Falles durch Anwendung der Vorschrift des § 48 GKG., nicht aber dadurch entgegenzutreten, daß die Sache auf übermäßig lange Frist vertagt, also gewissermaßen strafweise noch weiter verzögert wird.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 233.

1. Prozeßfristen und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Pr. OVG. 27. 5. 15, DJZ. 17, 687. Die Bedeutung der Prozeßfristen ist, so wenig als anderweit,

auch nicht im Verwaltungsstreitverfahren, die, daß sie in jedem Teile, also an jedem Tage und zu jeder Stunde, zur Einlegung des Rechtsbehelfes vollständig zur Verfügung stehen müssen, was davon nicht benutzbar ist, abgerechnet wird, und es zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand führen kann, wenn und insoweit etwas von der Frist verloren geht. Sonst müßte bereits die Zeit des notwendigen Schlafens, eines vorübergehenden Unwohlseins u. dgl. berücksichtigt werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob trotz des Hindernisses Zeit genug war, den Rechtsbehelf innerhalb der Frist anzubringen.

2. Der Gerichtsbetrieb als Wiedereinsetzungsgrund. a) Auf die Anberaumung von Sondersitzungen hat die säumige Partei keinen Anspruch. **RG.** 25. 10. 16, R. 17 Nr. 79. (Über das am 16. 6. 16 eingegangene Armenrechtsgesuch konnte nicht ohne Einsicht der Prozeßakten entschieden werden; diese noch am 16. 6. eingeforderten Akten sind am 18. 6., einem Sonntag, eingegangen; die nächste Sitzung des Sen. fand erst am folgenden Mittwoch, dem 21. 6. 16 statt.)

b) Ausfall der regelmäßigen Sitzung. **RG.** 4. 7. 17, WarnE. 17, 446. Der Ausfall der regelmäßigen Sitzung würde allerdings als ein unabwendbarer Zufall anzusehen sein; im gegebenen Falle traf dies jedoch nicht zu, da die regelmäßige Sitzung, die ausfiel, auf einen Tag nach Ablauf der Notfrist gefallen wäre.

c) Verspätete Gewährung des für die Berufungsinstanz nachgesuchten Armenrechts als Wiedereinsetzungsgrund anerkannt von Rostock 6. 12. 16, MecklZ. 35, 287, wo im Anschluß an **RG.** JW. 96, 596; 17, 389 angenommen wurde: Ein Verschulden der Partei gilt als ausgeschlossen, wenn die Partei bei Anwendung der von ihr in ihren Rechtsangelegenheiten vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt annehmen konnte, daß die noch übrige Zeit zur Wahrung der Frist ausreichen würde.

3. Der Anwaltsbetrieb im Kriege als Wiedereinsetzungsgrund. a) Unabwendbarer Zufall bei Einziehung des RA. zum Heeresdienst. **RG.** 30. 4. 17, BayRpflZ. 17, 287, HessRspr. 18, 141. Nach den in dem Wiedereinsetzungsgesuche vorgetragenen Tatsachen war der anfangs Januar 1917 zum Heeresdienste eingezogene und bald darauf zur Kriegsamtstelle kommandierte RA. durch seine militärischen Dienstpflichten in so ausgedehntem Maße in Anspruch genommen, daß ihm zur Besorgung seiner Anwaltsgeschäfte fast nur die späten Abendstunden verblieben. Hierzu kam, daß auch sein Bürovorsteher zum Hilfsdienst eingezogen war und durch eine Hilfskraft ersetzt werden mußte, der die Führung des Fristenkalenders oblag, und die versehentlich die Eintragung der vorliegenden Sache in den Kalender unterlassen hatte. Hat nun auch der RA. die eigene Pflicht der Kontrolle, so ist doch glaubhafterweise der Vertreter der RevKl. nach Kräften bemüht gewesen, dieser Pflicht nachzukommen, und es kann unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles in der durch die nicht richtige Führung des Kalenders veranlaßten Versäumung der RevBegründungsfrist nicht ein der Partei nach § 232 Abs. 2 anzurechnendes Verschulden, sondern nur ein unabwendbarer Zufall i. S. des § 233 gesehen werden. Vgl. JW. 16, 422, JDR. 15, 5b.

b) Anders lag der Fall **RG.** 6. 6. 17, GruchotsBeitr. 61, 951, LeipzZ. 17, 1265, wo sich der RA. über das Datum der Zust. des Berufungsurteils im Irrtum befunden und daher die RevFrist versäumt hatte. Es war festgestellt, daß er zum Heeresdienst einbezogen, nur die späten Abendstunden zur Besorgung seiner Anwaltsgeschäfte zur Verfügung hatte. Unabwendbarer Zufall wurde trotzdem verneint, weil er persönlich das Auftragsschreiben in Empfang genommen, in dem darauf hingewiesen war, daß das Urteil möglicherweise bereits am 20. (statt 22.) 1. 17 zugestellt worden sei. Vgl. auch Karlsruhe 24. 4. 16 u. 14. 7. 17, BadRpr. 17, 136 u. 137 und Hamburg 4. 7. 17, JW. 17, 746.

c) Verschulden des Vertreters des einberufenen Anwalts. α. Verneint: **RG.** 12. 7. 17, JW. 17, 905, LeipzZ. 17, 1126, R. 17, 412. Das OLG. hatte den Antrag auf Wiedereinsetzung i. d. v. St. gegen die Versäumung der Berufungsfrist für begründet erachtet, da S. ehrenamtlich 7 an verschiedenen Gerichten zugelassene RA. vertrat und TestVollstr. eines vor dem Feinde gefallenen RA. war. Daß unter diesen außergewöhnl.

Umständen bezüglich der Frage, ob das Unterbleiben der Unterzeichnung der BerSchrift seitens des RA. S. als ein Versehen zu betrachten ist, den besonderen durch die Kriegsverhältnisse geschaffenen Verhältnissen Rechnung zu tragen ist, erscheint grundsätzlich gerechtfertigt (**RG.** 11. 12. 15, JW. 16, 422). Wenn das OLG. das Unterbleiben der Unterzeichnung der BerSchrift unter den festgestellten Umständen nicht als eine Folge mangelnder Sorgfalt angesehen, sondern vielmehr angenommen hat, es sei auf einen in den Kriegsverhältnissen begründeten unabwendbaren Zufall zurückzuführen, so bewegt sich diese Entscheidung im wesentlichen auf tatsächl. Gebiet und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

β. Bejaht: Hamburg 17. 8. 17, OLG. 35, 52. Eine Kontrolle der laufenden Notfristen hätte sich ermöglichen lassen, wenn die Angestellten der Anwälte Anweisung erhalten hätten, alle Eingänge dem Vertreter X. (der Anwälte) vorzulegen, und dieser die Kontrolle der Fristen entweder selbst vorgenommen oder die Tätigkeit der Angestellten in dieser Richtung überwacht hätte. Eine Vernachlässigung dieser Berufspflichten der Prozeßvertreter des von diesen befugterweise mit ihrer Vertretung beauftragten Anwalts X. oder ihrer ungenügend unterwiesenen Büroangestellten geht zu Lasten der Bekl. Dagegen Wreschner, KGBl. 17, 65. Vgl. hierzu aus der verwaltungsrichterl. Rechtsprechung Pr. OVG. 26. 10. 15; 70, 459 und OVG. 15. 3. 17, PrVerwBl. 38, 723. Bei Fristversäumungen ist ein Verschulden von Angestellten des Prozeßbevollmächtigten einer Partei dieser nicht zuzurechnen, unter der Voraussetzung, daß den Prozeßbevollmächtigten selbst kein Verschulden trifft, er es insbesondere nicht an ausreichenden Überwachungsmaßnahmen hat fehlen lassen.

γ. Insbesondere Versehen des weiblichen Büropersonals. PrOVG. 26. 4. 17, KGBl. 17, 64. Bei der tiefgreifenden Inanspruchnahme aller männl. Hilfskräfte durch den Krieg ist, wie überall, so auch im Bürobetriebe der RA. ein weitgehendes Zurückgreifen auf weibl. Personal unvermeidlich geworden. Mängel der Zuverlässigkeit dieses Personals, welche aus seiner geringeren Geschäftsgewandtheit entspringen, müssen dabei als eine unvermeidliche Begleiterscheinung hingenommen werden. Das kann aber nicht die Forderung rechtfertigen, daß der RA. oder sein Bürovorsteher die Arbeit der weibl. Hilfskräfte in allen Einzelheiten überwacht und die Verantwortung für jedes Versehen derselben übernimmt. — Vielmehr muß die allgemein übliche Büroleitung und -Überwachung als genügend angesehen werden. Unterläuft unter solchen Umständen ein Versehen, so ist das nicht als Folge einer ungenügenden Sorgfalt, sondern als Folge der Einwirkung äußerer Störungen zu betrachten und unter den Begriff eines unabwendbaren Unfalls zu bringen.

§ 238.

Colmar 5. 1. 17, ElsLothJZ. 17, 360. Die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsgesuchs ohne (auch nur stillschweigende) Verwerfung des verspäteten Rechtsmittels ist bloßes Zwischenurteil und nicht selbständig anfechtbar.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239.

1. Erfordernisse einer wirksamen Aufnahme des Rechtsstreits durch den Rechtsnachfolger. **RG.** 22. 6. 17, BayRpflZ. 17, 221. Besteht zwischen den Parteien darüber Streit, ob die behauptete Rechtsnachfolge eingetreten ist, so ist hierüber nach § 239 durch Zwischenurteil zu entscheiden und es hat die die Rechtsnachfolge feststellende Entsch. dann zugleich die Wirkung einer Aufnahme des Rechtsstreits. — Eine Entsch. dahin, daß die Rechtsnachfolge aufgenommen sei, braucht nur zu ergehen, wenn die Rechtsnachfolger die Aufnahme verweigern. Daß es einer besonderen Entscheidung über die Aufnahme nicht bedarf, wenn im Termine die beiden Parteien erscheinen und der Rechtsnachfolger die Rechtsnachfolge zugesteht, hat der Senat (IV) in Übereinstimmung mit Stein

bereits in den Urt. v. 22. 2. 15, IV 410/14 u. 26. 6. 16, IV 583/14 angenommen. Die Aufnahme des Verfahrens erfordert auch nicht eine ausdrücklich hierauf gerichtete Erklärung der Rechtsnachfolger im Verhandlungstermine.

2. Verfahren, wenn die Rechtsnachfolge verneint wird. Hamburg 5. 1. 17, HansGZ. 17 Bbl. 123, OLG. 35, 53, SeuffA. 72, 167. Kommt das Gericht zu der Überzeugung, daß die Geladenen nicht Rechtsnachfolger sind, so ist dies durch Endurteil in der Weise auszusprechen, daß das Begehren des Kl., daß die Geladenen den Rechtsstreit aufnehmen, als unbegründet zurückgewiesen wird unter Verurteilung des die Aufnahme Begehrenden in die Kosten des Aufnahmeverfahrens. Das Gericht darf aber nicht die Klage abweisen. Das Verfahren bleibt unterbrochen. Dem Kl. bleibt es unbenommen, in dem zwar unterbrochenen, aber rechtshängig gebliebenen Verfahren andere Personen als Rechtsnachfolger des Verstorbenen zur Aufnahme und zur Verhandlung über die Hauptsache zu laden.

§ 240.

RG. 18. 11. 16; 89, 114, vgl. oben Ziff. 11 zu § 4 PatG.

§ 241.

Eintritt des Nachverwalters in den Rechtsstreit gegen Erben. LG. Dresden 21. 11. 14, BuschsZ. 46, 417. Nach § 241 Abs. 2 geht das Prozeßverhältnis ohne weiteres auf den Nachlaßverwalter über, gleichviel ob das Verfahren nach dieser Vorschrift unterbrochen wird, oder dies im Falle des § 246 nicht geschieht. Er ist nun an Stelle der Erben die Partei, genau so, wie der Erbe nach § 239 an Stelle des Toten Partei geworden ist. Seine Parteistellung wird durch ein Urteil gegen eine derzeitige Nichtpartei, wie es von da ab der Erbe ist, nicht erledigt. — Eine Möglichkeit, auch nur durch Entschließung (vgl. § 10 Abs. 2 KO.) von seiner Seite, statt seiner die Erben wieder in die Parteistellung einzuschieben, besteht nicht. (Daher wurde im gegebenen Falle das Verlangen des Nachlaßverwalters auf Auszahlung eines Versteigerungserlöses an ihn für begründet erachtet, obwohl die Gläubiger den Widerspruch gegen den Teilungsplan nach Einleitung der Nachlaßverwaltung gegen die Erben siegreich durchgeführt hatten.)

§ 244.

Tod des Prozeßbevollmächtigten nach Zustellung des bedingten Endurteils. **RG.** 28. 11. 16, BayRpflZ. 17, 52, GruchotsBeitr. 61, 487, JW. 17, 163, LeipzZ. 17, 138, R. 17 Nr. 80, WarnE. 17, 44. Stirbt der RA. nach Zustellung des bedingten Endurteils, so wird allerdings das erstinstanzl. Verfahren unterbrochen. Diese Unterbrechung bezieht sich aber nur auf das erstinstanzl. Verfahren, auf solche Prozeßhandlungen, die noch im ersten Rechtszuge zu erledigen sind, also zwar auf das Läuterungsverfahren, aber nicht auf die Anfechtung des bedingten Endurteils durch Berufung, die bei dem höheren Gericht zu erfolgen hat. Soweit es sich um diese handelt, verbleibt es bei dem Grundsatz (vgl. **RG.** 28. 1. 15, JW. 15, 459, JDR. 14 zu § 246 ZPO.), daß die erste Instanz mit der Urteilszustellung ihr Ende erreicht hat; denn es besteht kein Grund, in dieser Hinsicht zwischen einem bedingten und einem unbedingten Urteil einen Unterschied zu machen. Der Bestellung eines neuen RA. für die erste Inst. bedarf es auch bei jenem nicht zur Ermöglichung der Einlegung der Berufung; diese muß durch einen bei dem BG. zugelassenen RA. erfolgen und kann, wenn der Berufungsbekl. keinen Prozeßbevollmächtigten hat, gemäß § 210a an andere Personen zugestellt werden. (Unter Bestätigung von Stuttgart 23. 5. 16, WürttJ. 28, 185.)

§ 246.

Rechtliche Stellung des Prozeßbevollmächtigten beim Ableben der Partei. Ist der Aussetzungsantrag nach § 85 GKG. gebührenpflichtig? Hamburg 20. 2. 17, HansGZ. 17 Bbl. 154, LeipzZ. 17, 767, OLG. 35, 53. Nach § 246 geht der Aussetzungsantrag nicht von der klagenden Partei, sondern von deren Prozeß-

bevollmächtigten aus, der ihn kraft eigenen Rechtes und in dieser seiner Eigenschaft stellt. Das Recht ist dem Bevollmächtigten gegeben, nicht um die Interessen der kl. Partei wahrzunehmen, die ja verstorben ist, sondern um ihm die Möglichkeit zu gewähren, nach seinem, von dem Willen der Klagepartei nicht mehr abhängigen Befinden, Anweisungen von den Rechtsnachfolgern in deren Interesse einzuholen. Unter diesen Umständen kann für den Antrag des Prozeßbevollmächtigten die Stellung eines dreifachen Gebührenvorschusses nicht gefordert werden, da insoweit nicht die Partei, sondern er selbst, kraft besonderen, ihm gesetzlich zugeschriebenen Rechts dem Gericht gegenüber auftritt.

§ 247.

1. Grundsätzliches. Darmstadt 29. 1. 17, DJZ. 17, 441, HessRspr. 17, 311. Auch für eine Aussetzung nach § 247 ist das Interesse des Kriegsteilnehmers maßgebend, daher keine Aussetzung auf Antrag des Gegners.

2. Einzelfälle. a) Einberufung zum Ersatzbataillon kein Aussetzungsgrund. Colmar 18. 12. 16, ElsLothJZ. 17, 88. (Es wurde angenommen, der Bekl. als Kaufmann sei in der Lage, schriftlich einen Prozeßbevollmächtigten zu bestellen und ihm die erforderliche Information zu erteilen, zumal der der Klage zugrunde liegende Tatbestand durchaus einfach sei.)

b) Nürnberg 6. 9. 16, R. 17, 83. Ist ein Heeresangehöriger, z. B. zur Durchführung von Kulturarbeiten auf seinem Grundstücke, in die Heimat beurlaubt, so ist er zur Wahrnehmung seiner Rechte im Prozeß in der Lage und der gegnerische Antrag auf Aufhebung des früheren Aussetzungsbeschlusses gerechtfertigt.

c) Zurückweisung des Aussetzungsantrags eines im Felde stehenden Engländers. **RG.** 12. 10. 16, WarnE. 17, 55. Es wurde anerkannt, daß dem auf Eheanfechtung verkl. Bekl. der Verkehr mit den RA. und dem Gericht erschwert war, aber weiter festgestellt, er habe seine RA. zwar nicht unmittelbar, aber durch dritte Hand ausreichend informieren können und habe sie auch in dieser Weise informiert, es hätten seine RA. die Persönlichkeit der Zeugen nachprüfen und den Bekl. genügend verteidigen können.

§ 249.

Wie ist zu verfahren, wenn ein Urteil trotz der Unterbrechung erlassen ist? KG. 28. 3. 17, OLG. 35, 62. Trotz des Mangels bleibt das Urteil, da es keine nur von einer Partei vorgenommene Prozeßhandlung ist, formell bestehen und kann nur durch Rechtsmittel beseitigt werden. Ebensowenig wie der Erlaß des Urteils kann aber an sich auch seine Zustellung für wirkungslos erachtet werden, da sie (in der vorliegenden Ehescheidungssache) von Amts wegen erfolgte und somit ein Akt der Staatsgewalt ist. Die Berufungsfrist ist dadurch aber nicht in Lauf gesetzt, weil das Verfahren unterbrochen war. Um das zulässige Rechtsmittel ergreifen zu können, mußte der Bekl. vielmehr die Unterbrechung beseitigen, d. h. das Verfahren wieder aufnehmen (wie geschehen, durch den zugelassenen RA. bei dem Gericht, bei dem das Verfahren unterbrochen war).

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteile.

Schrifttum: Bittinger, Aufgaben des Gerichts gegenüber dem Schwindel im Geschäftsleben, BayRpflZ. 17, 104. — Ebbecke, Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung, GruchotsBeitr. 61, 558. — Fränkel, Kann ein Beamter, der einen Betriebsunfall erlitten hat, auf Feststellung klagen, daß ihm im Falle seiner späteren Pensionierung Ansprüche aus dem Unfallversicherungsgesetz zustehen? PrVerwBl. 39, 44. — Freiesleben, Die Zulassung der Klageänderung, LeipzZ. 17, 105. Hierzu Kluckhohn, Bay. RpflZ. 17, 215. — Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917. — Kamnitzer, Aufrechnung und Schiedsvertrag, PosMSchr. 17, 84. — König, Der Hilfsantrag auf Wertersatz bei Klagen auf Herausgabe einer Sache, LeipzZ. 17, 845. — Kisch, Die rechtliche

Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungssachen, RheinZ. 9, 12. — Lersch, Die Feststellung der unehelichen Vaterschaft nach dem Tode des Vaters, BayRpflZ. 17, 272. — Natter, Der Anspruch auf Wertersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe von Sachen und seine Geltendmachung im Prozeß, WürttRpflZ. 17, 49 u. 65 u. 81. — Oertmann, Rechtskraft bei Eigentumsklagen, R. 17, 13. — Prestele, Vaterschaft bei unehelichen Kindern, BayRpflZ. 17, 269. — Schmidt, Der richterliche Eid 1917. — Schneider, Freies richterliches Ermessen in Versicherungs- und Enteignungssachen, LeipzZ. 17, 840. — Schultzenstein, Durch die Sinne vermittelte Wahrnehmungen im Rechte, DJZ. 17, 560. — Sobernheim, Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozeß, 1916. — Starck, Ist bei bedingten Ansprüchen Klage auf zukünftige Leistung zulässig? LeipzZ. 17, 1045.

§ 253.

I. Allgemeines. 1. Einteilung der Klagen. München 13. 12. 16, LeipzZ. 17, 488. Je nach dem Inhalt des begehrten Urteils sind vier (?) Gruppen zu unterscheiden: 1. die Verurteilungs- oder Leistungsklagen sind auf ein Urteil gerichtet, das die Feststellung eines Anspruchs i. S. des BGB. enthält, aber darüber hinausgehend eine Verurteilung des Bekl. zu einer Leistung oder Unterlassung ausspricht; 2. die Feststellungsklagen erstreben ein Urteil, das sich auf den Ausspruch über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses beschränkt; 3. die Rechtsgestaltungsklagen kommen in Anwendung, wenn das materielle Recht aus einem Tatbestand Rechtsfolgen nicht unmittelbar entstehen läßt, sondern dazu einen urteilsmäßigen Ausspruch des Gerichts verlangt; sie sind unmittelbar auf die Erreichung eines rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden Richteraktes gerichtet.

2. Mängel der Klage, Heilung durch nachträgliche Zustellung. a) Colmar 12. 4. 16, ElsLothJZ. 17, 103. Der Mangel der Angabe des Klagegrundes hätte zwar durch die nachträgliche Zust. eines ergänzenden Schriftsatzes geheilt werden können; die Heilung war aber nicht mehr möglich, nachdem der (damalige) Bekl. im Verhandlungstermine wegen des Mangels die Abweisung der Klage beantragt hatte.

b) LG. Darmstadt 19. 12. 16, JW. 17, 619. Daß eine nachträgl. ordnungsmäßige Klagezustellung das ursprüngl. Fehlen einer solchen heilen kann, ist unbestritten und unbestreitbar. Es mag zugegeben werden, daß ein Kl. bei Widerspruch des Bekl. keine Vertagung zum Zwecke der Nachholung der ordnungsmäßigen Zustellung erzwingen kann. Wenn aber die Verhältnisse es ermöglichen, daß die Zustellung bis zur maßgebenden Schlußverhandlung nachgeholt worden ist, so steht nicht das geringste im Wege, diese Tatsache bei der Urteilsfällung zu berücksichtigen. — Die Entsch. wird gebilligt von Langenbach, JW. 619 Anm. 9, der darauf hinweist, daß nach dem Tatbestand **RG.** 21, 405 nicht feststand, ob die Zust. nach erfolgter Rüge nachgeholt war. → Im Amtsbetriebe des § 496 ZPO. wird das AG. von Amts wegen zum Zwecke des Nachholung der ordnungsmäßigen Zust. vertagen müssen, wenn der Mangel, der schon vor der mündl. Verhandlung hätte festgestellt werden und zur Verlegung des Termins hätte führen müssen, erst im Termin gerügt worden ist. ←

II. 1. Ziff. 1. Berichtigung der Parteibezeichnung. Hamburg, JW. 17, 867. Es kommt wesentlich auf die Begr. der Klage an. Steht diese mit der Parteibezeichnung in Widerspruch und ergibt sie einen erkennbar anders gerichteten Willen des Kl., so muß sie der Parteibezeichnung gegenüber entscheiden.

2. Ziff. 2. a) Klage auf Herausgabe eines Inbegriffs. *Fuchs 22. Die Regel: quot res tot vindicationes ist nur eine halbe Wahrheit. Liegt eine wirtschaftl. Einheit vor, so liegt auch nur eine einzige vindicatio vor. Ist beim Erbschaftsanspruch eine Universalklage gegeben, so kann sie für andere Inbegriffe nicht begrifflich falsch sein. — Die Regel zerstört die wirtschaftl. Einheit des Inbegriffs und beruht auf der falschen Auffassung, daß der Inbegriff nichts anderes ist, als die Summe seiner Teile. Nicht bloß der Krug ist etwas anderes als die Summe seiner Scherben, sondern auch beim Inbegriff ist das Ganze bedeutungsvoll und wird durch die Summe seiner Stücke nicht ausgeglichen.

b) Hilfsantrag auf Wertersatz bei den Klagen auf Herausgabe einer Sache. α. König 845. Der Kl. muß, wenn er einen bedingten Hilfsantrag stellt, vor allem die §§ 259 und 253 Nr. 2 beachten. Er muß daher davon absehen, wenn er den Betrag der Ersatzleistung nicht fest bestimmen kann. Ferner rechtfertigt nur die Böswilligkeit des Schuldners die im § 259 vorausgesetzte Besorgnis, worauf das Wort „entziehen" hinweist, nicht aber auch ein anderer Umstand, wie dessen schlechte Vermögenslage oder der Wettbewerb anderer Gläubiger. — Es wird ferner gezeigt, daß nach den Bestimmungen des bürgerl. Rechts eine Verbindung des bedingten Hilfsantrages auf Wertersatz mit der Klage auf Leistung im allgemeinen nur mit Fristsetzung zulässig ist (§§ 283, 250, 325, 326 Abs. 2 BGB.). Die Verbindung der Anträge ist daher nur in dem Sinne statthaft, daß der Kl. mit dem Antrag, den Bekl. zu der Herausgabe der Sache zu verurteilen, den Antrag auf Fristbestimmung nach § 255 und für den erfolglosen Ablauf der Frist den Antrag verbindet, ihn zu der Ersatzleistung in Geld zu verurteilen. (Vgl. Anger, SächsRpflA. 08, 449, Müller, GruchotsBeitr. 57, 908, Klaholt, GruchotsBeitr. 58, 778.)

β. Natter 54. αα. Der Grund der Unzulässigkeit des alternativen Antrags auf „Herausgabe der Sache oder auf Wertersatz" liegt nicht im Prozeßrecht, sondern im materiellen Recht. Wer zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, ist nicht wahlweise zur Sachherausgabe oder zum Wertersatz verpflichtet. Der Antrag, den Schuldner zur Herausgabe einer Sache oder zum Ersatz des Werts zu verurteilen, ist also richtig ausgedrückt nicht prozessual unzulässig, sondern der auf Wertersatz gerichtete Alternativantrag ist nicht begründet. Demgemäß ist, wenn der Herausgabeanspruch sich als begründet erweist, dieser zuzuerkennen, der alternative Antrag auf Wertersatz abzuweisen; so auch im Versäumnisfall. (Dabei ist aber wohl zu prüfen, ob nicht tatsächlich eine alternative Verpflichtung auf Herausgabe oder Wertersatz, sei es mit Wahlrecht des Gläubigers oder des Schuldners vorliegt. Wird näher ausgeführt. — Über die materiellrechtl. Vorschriften vgl. S. 49ff.)

ββ. Bei dem Antrag, den Bekl. zur Herausgabe und im Falle der Nichtbeitreibbarkeit zum Wertersatze zu verurteilen, handelt es sich nicht um einen Fall der eventuellen, sondern der gewöhnl. objektiven Klagenhäufung i. S. des § 260. Die Voraussetzungen des § 259 liegen regelmäßig vor. Der Anspruch auf Wertersatz ist nur dann zu verweigern, wenn tatsächl. irgendwelche Besorgnisse wegen der rechtzeitigen Erfüllung desselben nicht begründet sind (65—68). Es wird ferner ausgeführt (81ff.), daß nach §§ 284, 992, 848, 989, 990 Abs. 2 BGB. der Ersatzanspruch schon im Fall der Erfolglosigkeit der Vollstreckung schlüssig begründet und eine Fristbestimmung nach § 283 BGB., § 255 ZPO. für den Kl. ohne Vorteil, daß endlich § 510b ZPO. auf Klagen auf Herausgabe von Sachen nicht anzuwenden ist.

§ 256.

I. Zur Auslegung im allgemeinen. 1. Verhältnis zur Leistungsklage.

a) Zulässigkeit der Feststellungsklage, auch wenn ein Teil des in dem Feststellungsantrag eingeschlossenen Schadens bereits mit der Leistungsklage verfolgbar wäre. **RG.** 16. 4. 17, SchlHolstAnz. 17, 159. Der Feststellungsantrag des Kl. soll denjenigen Schaden treffen, der sich über die jetzt geforderten Leistungen hinaus noch herausstellen werde einschließlich dessen, der zwar bereits entstanden sein mag, aber noch nicht übersehen und klar begründet werden kann. Es handelt sich mithin um eine den Leistungsantrag ergänzende FeststKlage, die rechtlich unbedenklich zulässig ist, selbst wenn ein Teil des im FeststAntrage eingeschlossenen Schadens mit der Leistungsklage bereits verfolgbar wäre. Die FeststKlage soll den Kl. dagegen sichern, daß noch nicht vorauszusehende oder noch nicht zu übersehende Schäden von der drohenden Verjährung ergriffen werden. Hierdurch ist das Interesse des Kl. an der alsbaldigen Feststellung auch für solche Ansprüche gegeben, die sich auf bereits entstandene, ihm aber in ihrem Eintritt oder in ihrem Umfange noch unbekannte Schadensfolgen des Unfalls beziehen.

b) Unzulässige Verbindung von Feststellungs- und Leistungsklage.

Frankfurt 18. 1. 17, FrankfRdsch. 50, 217. (Geklagt war auf Feststellung, daß der Kl. unkündbar auf Lebenszeit bei der bekl. Gemeinde angestellt sei, sowie daß ihm, bzw. seiner Witwe und Hinterbliebenen Ruhegehalt, Witwen- und Waisengeld zuständen, ferner auf fortlaufende Gehaltszahlung. Das LG. hatte durch Teilurteil den Feststellungsanträgen entsprochen. OLG. wies ab.) Da im vorliegenden Falle die Leistungsklage nicht nur gegeben, sondern auch erhoben ist, ist für die FeststKlage kein Raum. Denn durch die Leistungsklage wird dem Interesse des Kl. vollständig gedient, durch sie kann sein Rechtsanspruch im ganzen Umfange festgestellt werden, zumal es sich bei Gehaltsansprüchen und dergleichen um wiederkehrende Leistungen handelt, bei welchen auch wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung zulässig ist (§ 258 ZPO.).

2. Die Voraussetzung des Interesses. a) Zulässigkeit der Feststellungsklage bei wirtschaftl. Interesse. **RG.** 3. 7. 17, R. 17 Nr. 1668, WarnE. 17, 319. Nach der Rechtspr. des RG. bildet das wirtschaftl. Interesse, zu wissen, woran man in Ansehung eines gewissen Rechtsverhältnisses ist, um sein Verhalten danach einzurichten, ein hinreichendes Interesse i. S. des § 256 ZPO. (**RG.** 35, 393; 49, 373; 86, 377, JW. 99, 827; 04, 388; 09, 497, GruchotsBeitr. 49, 112, WarnE. 17, 91). Danach genügt auch in dem vorliegenden Falle das Interesse des Kl., zu wissen, ob er von dem Bekl. den nach seiner Meinung durch dessen Verschulden erhöhten Betrag der Zuwachssteuer im Falle einer Veräußerung der Geschäftsanteile der GmbH. erstattet verlangen kann oder ob er diesen Mehrbetrag bei der Bemessung des Preises mit in Rechnung stellen muß.

b) **RG.** 12. 7. 17, JW. 17, 899, WarnE. 17, 289. (Übernommen war am 2. 11. 14 die Lieferung innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Krieges, geklagt war auf Feststellung dieser Verpflichtung. Die Zulässigkeit der Klage wurde bejaht.) Durch die Erklärung des Bekl. über die Aufhebung des Vertrages und die große Bedeutung des Vertrages für den kl. Fabrikationsbetrieb wird ein rechtl. Interesse des Kl. an der alsbaldigen Feststellung der Fortdauer des Vertrages begründet. Dieses Interesse wird auch nicht dadurch beseitigt, daß künftige Ereignisse, insbesondere solche, die mit dem Kriege in Zusammenhang stehen, vielleicht die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung und damit die Befreiung des Bekl. von der Lieferpflicht herbeiführen werden.

c) **RG.** 19. 10. 17, R. 17 Nr. 2050. Einer Bergbaugesellschaft war vom Eisenbahnfiskus das Recht zur Unterführung ihrer Geleisanlagen unter der Staatsbahn auf jederzeitigen Widerruf eingeräumt worden. Die Parteien stritten über den Umfang des Widerrufsrechts, ob es dem Staate nach seinem Ermessen oder nur beim Vorliegen wichtiger staatshoheitsrechtl. Gründe zustehe. Die Feststellungsklage vor erklärtem Widerruf wurde zugelassen. Ausreichend ist ein gegenwärtiges, schon jetzt bestehendes Interesse daran, daß das Rechtsverhältnis für zukünftige Verhältnisse festgestellt werde.

d) Die Voraussetzung des alsbaldigen Interesses. KG. 27. 9. 17, KGBl. 17, 83. Ist eine Leistungsklage noch nicht erhoben, hat aber der die Feststellung begehrende Teil mit der alsbaldigen Erhebung der Leistungsklage zu rechnen, so entfällt für ihn das Interesse an einer alsbaldigen Feststellung über Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses. (Im gegebenen Falle angenommen, weil der Bekl. unter Festsetzung der Frist von einer Woche Lieferungsaufforderung und Klageandrohung wiederholt hatte.)

3. Wegfall des rechtlichen Interesses. a) An Feststellung des Ranges einer Hypothek nach erfolgter Zwangsversteigerung? **RG.** 21. 11. 16, BankA. 16, 248. Zweifellos war das erforderliche Interesse an Feststellung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses zur Zeit der Erhebung der Klage vorhanden, da der Grundbesitz der GmbH. damals noch nicht versteigert war, und der Bekl. den Anspruch erhoben hatte, für die durch Zahlung der Bürgschaftssumme im Betrage von 100000 M. auf ihn übergegangene Forderung der Kl. im Range vor dieser Befriedigung zu erhalten. Wollte man nun auch annehmen, daß durch im Laufe des Rechtsstreits erfolgte ZwVersteigerung des größten Teiles des Grundbesitzes für die Kl. die Möglichkeit gegeben sei, von der Feststellungsklage

zu einer Leistungsklage überzugehen, so würde doch eine rechtl. Verpflichtung zu einem solchen Übergange nach der Rechtspr. des RG. nicht anzuerkennen sein (**RG.** 71, 71, JW. 00, 551; 02, 420), und zwar im vorliegenden Falle um so weniger, als für eine solche Leistungsklage die genaue Feststellung der Höhe der Forderung erforderlich sein würde, was zu Weiterungen und zu einer Verzögerung der Entsch. in dem anhängigen Rechtsstreite hätte führen können. — Vgl. dagegen Posen 21. 12. 16, PosMSchr. 16, 128, wo die Festst.-Klage abgewiesen wurde, weil die Bekl., die sich eines Anspruchs gegen den Kl. berühmt, in der Schlußverhandlung Erklärungen abgegeben hatte, die jeden Anspruch des Kl. auf Rechtsschutz beseitigten; also das Interesse an alsbaldiger Feststellung nachträglich weggefallen war.

b) Fortfall des rechtl. Interesses an alsbaldiger Feststellung für die negative Feststellungsklage bei nachträgl. Erhebung der positiven Feststellungsklage seitens des Gegners? **RG.** 5. 10. 16, LeipzZ. 17, 44. Zwar hat das RG. wiederholt ausgesprochen (71, 73, JW. 09, 417; 12, 873), daß bei der negativen Feststellungsklage ein des Rechtsschutzes fähiges und bedürftiges Interesse des Kl. an der Sachentscheidung der Regel nach entfällt und deshalb die trotzdem aufrecht erhaltene negative FeststKlage abzuweisen ist, wenn der Gegner die entsprechende positive Klage auf Leistung erhoben und so fortgeführt hat, daß sie nicht mehr ohne Einwilligung des FeststKlägers zurückgenommen werden kann[1]). Es ist aber nicht einzusehen, wie das Interesse des Kl., der eine negative FeststKlage erhoben hat, an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses dadurch entfallen könnte, daß hinterher der Bekl. die entsprechende positive FeststKlage erhebt. — In einem solchen Falle kann sich nur fragen, ob nicht bei der nachträglich erhobenen positiven FeststKlage ein des Rechtsschutzes fähiges und bedürftiges Interesse des Kl. an der Festst. von vornherein deshalb zu verneinen ist, weil die erstrebte Festst. auf die schon anhängige negative FeststKlage hin ohnedies erfolgen muß, sowie weiter, ob nicht der später erhobenen positiven FeststKlage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegensteht.

4. Zulässigkeit der Abweichung des Urteils vom Klageantrag. **RG.** 6. 10. 17, HansGZ. 17 Bbl. 309. Die Zulässigkeit der Abweichung des Urteils vom Antrag beschränkt sich nicht nur auf einen zahlenmäßigen Unterschied. (**RG.** 14, 104; 71, 75, JW. 01, 839 u. a. gehen davon aus, daß der negative Feststellungsantrag als auf etwas Unteilbares gerichtet anzusehen sei, weshalb es unzulässig sei, eine engere Feststellung als die begehrte zu treffen.)

II. Besondere Fälle. 1. München 13. 12. 16, vgl. oben § 271 Ziff. III HGB.

2. Feststellung des Eigentumsanspruchs. a) Oertmann, R. 17, 19. Die angebliche Subsidiarität der Feststellungsklage kann sich sinngemäß nur auf solche Fälle beziehen, wo das Leistungsurteil alle Wirkungen des FeststUrteils mittelbar mitumfaßt; so würde z. B. die Möglichkeit einer Herausgabeklage von A. gegen B. auf Grund Eigentums einem Begehren des A. gegen B. auf Festst. seines Herausgabeanspruchs wohl entgegenstehen; denn in der Verurteilung des B. zur Herausgabe ist dieser konkrete Anspruch mittelbar mit festgestellt. (Vgl. zu § 322 ZPO.) Aber nicht auch seinem Begehren auf Festst. des abstrakten Eigentums als solchem. Dieses FeststBegehren ist und bleibt trotz Zuständigkeit des Herausgabeanspruchs statthaft, sei es i. S. alleiniger Geltendmachung, sei es unter Verbindung mit dem Herausgabeanspruch.

b) Kiel 17. 10. 16, SchlHolstAnz. 17, 71, SeuffA. 72, 319. (Verneint wurde das Rechtsschutzbedürfnis für eine auf Herausgabe gerichtete Eigentumsklage nach erfolgreicher Durchführung einer Besitzklage, bejaht die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung des Eigentums in solchem Falle.) An der alsbaldigen Festst. dieses Rechtsverhältnisses gegenüber der das Eigentum bestreitenden Bekl. hat die Kl., selbst wenn die Bekl. auf

[1]) Aufrecht erhalten auch für den Fall, daß die Leistungsklage widerklagend erhoben ist. **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 2049.

Herausgabe dieser Sachen schon verurteilt ist, ein rechtl. Interesse. Denn diese Verurteilung enthält noch nicht die Festst. des Eigentums der Kl.

3. Besteht neben dem Anspruch auf Eintragung eines Rechts im Grundbuche noch ein Interesse an der Feststellung des Bestehens des Rechts? Kiel 21. 11. 16, LeipzZ. 17, 148, SchlHolstAnz. 17, 137. Der Feststellungsantrag ist zulässig. Denn das auf Bewilligung der Grundbucheintragung ergehende Urteil schafft nach § 322 Rechtskraft nur insoweit, als über den geltendgemachten Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB.) entschieden ist. — Das Bestehen des dingl. Rechts selbst ist zwar notwendige Voraussetzung des Berichtigungsanspruchs, es bildet aber lediglich ein Urteilselement, das als solches nicht in Rechtskraft übersteht.

4. Klage auf Feststellung der Nichterfüllung einer rechtl. Verpflichtung. Hamburg 4. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 241. Der Kl. behauptete, daß die von dem Bekl. ausgeführte Heizungsanlage die vereinbarten Wärmegrade nicht schaffe, und beantragte daher festzustellen: 1. daß die Heizung den vertragl. Bedingungen nicht entspreche, 2. daß Kl. berechtigt sei, sie durch andere in Ordnung bringen zu lassen, 3. daß der Bekl. dem Kl. die durch die Instandsetzung entstehenden Kosten zu ersetzen habe. Mit den Anträgen will der Kl. ein Urteil erreichen, das ihn befugt, für Rechnung des Bekl. die Heizungsanlage so umzuändern, daß die im Vertrage vereinbarte Heizkraft erreicht wird. Betrachtet man die drei Anträge unter diesem einheitlichen Gesichtspunkte, so geht der Antrag zu 1 nicht auf die Feststellung einer Tatsache, sondern auf die Festst. der Nichterfüllung einer rechtl. Verpflichtung. Wenn dem Kl. zur Erlangung dieses Zieles auf andere, vielleicht näher liegende Mittel zu Gebote gestanden hätten, wie die Einziehung eines Privatgutachtens oder ein Antrag auf Sicherung des Beweises (§ 488 ZPO.) oder die Klage auf Zahlung eines Vorschusses, so muß doch anerkannt werden, daß auch eine derartige FeststKlage zulässig ist.

5. Zulässigkeit einer negativen Feststellungswiderklage. **RG.** 12. 12. 16, WarnE. 17, 91 verwirft die Ansicht des BG., die bloße Berühmung einer Forderung als solche ohne gleichzeitige Gefährdung genüge nicht, sondern die durch die Berühmung geschaffene Unsicherheit der Rechtslage begründe das Feststellungsinteresse. — In der Rechtspr. des RG. ist anerkannt, daß das wirtschaftl. Interesse, zu wissen, woran man in Ansehung eines gewissen Rechtsverhältnisses sei, um sein Verhalten danach einzurichten, als hinreichendes Interesse i. S. des § 256 ZPO. anzusehen sei; ebenso das Interesse, Prozesse zu vermeiden und Kosten zu sparen oder die durch das Schweben eines Anspruches verursachte Unsicherheit der Vermögenslage zu beseitigen. Die Bekl. hatte nun aber ein rechtl. Interesse daran, den Streit über das Bestehen der fraglichen Forderung, welche die Kl. noch nicht aufgegeben hat, endgültig in dem gegenwärtigen Prozesse entscheiden zu lassen und damit die Kosten und Weitläufigkeiten eines ev. notwendig werdenden zweiten Prozesses zu vermeiden.

6. Feststellung der Vaterschaft gegenüber den gesetzlichen Erben des vermögenslos verstorbenen Erzeugers. Zum Zwecke der Erlangung der Kriegsunterstützung auf Grund § 2 Abs. 1c des RGes. v. 4. 8. 14 zur Abänderung des FamilienunterstützungsG. v. 28. 2. 88 (vgl. Kriegsbuch 1, 864: 2, 364). a) Nach der Ansicht Salomons, JW. 17, 91 muß das uneheliche Kind, um die Feststellung der Vaterschaft zu erwirken, die Erben des Erzeugers gemäß § 1712 BGB. auf Unterhalt verklagen, da das Urteil die Festst. der Vaterschaft enthalte. Vgl. LG. Aschaffenburg 14. 11. 16, JW. 16, 1594 u. LG. Augsburg 23. 4. 17, BayRpflZ. 17, 295. b) Tuck und Schüler, JW. 17, 277/278 weisen demgegenüber darauf hin, daß dieser Weg ungangbar ist, wenn überhaupt kein Nachlaß vorhanden ist und die Geltendmachung des Rechts aus § 1712 Abs. 2 BGB. zur Abweisung der Klage führt. In diesem Falle enthält das Urteil keine Festst. der Vaterschaft. Gerade, wenn der Erzeuger nichts hinterläßt, wird das Kind besonders auf die Zuwendungen des Reichs angewiesen sein. Um diese zu begründen, bleibt dann nur der Weg der FeststKlage. (Deren Zulässigkeit wird von Schüler näher begründet.) c) Ditt-

mann, BayRpflZ. 17, 114. Nach §§ 1922, 1967 gehen nur die vermögensrechtl., nicht auch die familienrechtl. Beziehungen des Erblassers in ihrer Gesamtheit auf die Erben über. Das Interesse des Kindes an der Feststellung der wirklichen Vaterschaft gegenüber den Erben des Kriegsteilnehmers ist nur ein tatsächliches, es bildet nicht den Inhalt eines Rechtsanspruches, wie ihn § 256 erfordert. Ebenso d) Kipp, VormundschaftsZ. 9, 32. Die Erben sind nur Rechtsnachfolger in das Vermögen des Erblassers. In jeder anderen Hinsicht als in Beziehung auf dieses Vermögen und die auf ihm haftenden Verbindlichkeiten sind sie nicht legitimi contradictores. Es könnte auch für die Frage der Gewährung der Kriegsunterstützung eine Feststellung der Vaterschaft gegen die Erben, die nichts zu zahlen brauchen und nichts zahlen wollen, eine geeignete Unterlage nicht abgeben. (Vorgeschlagen wird im Anschluß an Schumacher, Köln. Zeit. Nr. 138 v. 1917 ein besonderes vormundschaftsgerichtl. Verfahren zum Zwecke der Feststellung. e) Lersch 274. Wenn die Abstammung durch die Erben nicht anerkannt und daher gegen sie nicht festgestellt werden kann, so ist abgesehen von § 26 PStG. nicht einzusehen, was dem Kind mit einer solchen gerichtl. Feststellung der Abstammung gegenüber den Erben, die ihm wegen Erschöpfung des Nachlasses nichts schulden, gedient wäre. Insbesondere kann es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, öffentlich-rechtliche Ansprüche des Kindes, wie sie der Krieg geschaffen hat, von einer Anerkennung der Unterhaltspflicht durch die Erben oder von einer Feststellung der Abstammung inter partes abhängig zu machen.

7. Negative Feststellungsklage des minderjährigen angeblichen Kindesvaters gegenüber der Berühmung der Kindesmutter. ÖstOG. 3. 10. 16, AÖstGZ. 17, 183.

8. Versicherungsrecht. Kisch 20. Der Versicherungsnehmer kann vor Erlaß des Schiedsgutachtens eine erfolgreiche Leistungsklage nicht erheben. Dagegen läßt es sich sehr wohl denken, daß er mit einer Feststellungsklage durchdringt. Er kann schon jetzt ein rechtliches Interesse daran haben, daß etwa das bestrittene Bestehen des Versicherungsverhältnisses festgestellt werde. Dagegen kann zurzeit nicht auf gerichtl. Feststellung gerade desjenigen Punktes geklagt werden, dessen Entscheidung den Schiedsmännern vorbehalten ist: denn der Zweck der Schiedsmannsklausel ist ja gerade der, einen bestimmten Punkt der Entsch. des Gerichtes zu entziehen.

9. **RG.** 13. 4. 16, JDR. 15 II 1 jetzt auch WarnE. 17, 395.

§ 259.

1. Zulässigkeit der Klage, obwohl der Gläubiger es verschuldet hat, daß die Klage auf sofortige Leistung nicht erhoben werden kann. **RG.** 20. 2. 17, GruchotsBeitr. 61, 660, LeipzZ. 17, 735, R. 17 Nr. 861, WarnE. 17, 192. Die praktische Bedeutung des § 259 besteht darin, dem Gläubiger einer künftigen Leistung die Möglichkeit zu gewähren, schon vor der Fälligkeit sich ein vollstreckbares Urteil auf Leistung zu verschaffen, damit im Zeitpunkte der Fälligkeit auch sofort die Vollstreckung erfolgen kann. Hiernach ist kein Grund ersichtlich, weshalb einem Gläubiger, der durch sein, wenn auch vertragswidriges oder schuldhaftes Verhalten bewirkt hat, daß die Fälligkeit seines Anspruchs oder die Bedingung für seine Rechtswirksamkeit noch nicht eingetreten ist, die Klage aus § 259 versagt sein soll. Solange durch jenes Verhalten der Anspruch selbst nicht beseitigt ist, ist dem Gläubiger einer künftigen Leistung die Klage aus § 259 zu gewähren, um so mehr, als ihre Erhebung, da sie zu einem vollstreckbaren Titel für die Leistung führt, die Lage des Bekl. nicht durch eine Häufung von Prozessen verschlechtert.

2. Eine Klage aus § 1578 BGB. kann nach § 259 ZPO. nicht schon während bestehender Ehe erhoben werden. Dresden 12. 7. 16 zu § 1578 BGB.

3. Für die allgemeine Zulässigkeit der Klage auf künftige Leistung bei bedingten Ansprüchen. Starck 1045 u. **RG.** 26. 4. 17; 90, 179, R. 17 Nr. 1454 (im Anschluß an 51, 243; 72, 22).

4. Geltendmachung des Anspruchs auf Geldentschädigung wegen berg-

baulicher Einwirkung, wenn das geschädigte Grundstück mit Hypotheken belastet ist. Küster, GruchotsBeitr. 61, 756. Der Eigentümer ist nicht genötigt, erst im Zeitpunkt der Fälligkeit zu klagen. Er ist vielmehr schon jetzt in der Lage zu klagen, zwar nicht auf Zahlung an sich, wohl aber auf Zahlung an sich und die Hypothekengläubiger gemeinschaftlich oder auf Hinterlegung für sie beide. Damit erlangt er ein Urteil, das er im Zeitpunkte der Fälligkeit vollstrecken kann. Für die Zulassung einer weiteren Klage nach § 259 liegt kein praktisches Bedürfnis vor.

§ 263.

1. Im Auslande begründete Rechtshängigkeit. LG. Freiburg 15. 3. 15, BadRpr. 17, 66. Nach der herrsch. Rechtspr. kann auch eine im Ausland begründete Rechtshängigkeit unter der Voraussetzung, daß das rechtskräftige ausländ. Urteil nach § 328 ZPO. im Inlande anerkannt wird, die Wirkung des § 263 Abs. 2 Nr. 1 hervorrufen. (Gegenseitigkeit verbürgt durch Staatsvertrag v. 17. 10. 67 zwischen dem Kanton Aargau und Baden.)

2. Anwendung auf das Verwaltungsstreitverfahren. BayVGH. 13. 4. 17, R. 17, 423. Nach den Grundsätzen der ZPO., welche kraft der prozeßleitenden Gewalt des Verwaltungsrichters, soweit es sich um für ein jedes geordnete Verfahren geltende rechtswissenschaftl. Grundsätze handelt, auch im Verwaltungsprozeß Anwendung finden, beginnt die Rechtshängigkeit einer Streitsache mit der Erhebung der Klage.

§ 264.

I. Allgemeine Fragen. 1. Zulassung der Klageänderung im allgemeinen. Freiesleben 105 wendet sich dagegen, daß vielfach Klageänderung angenommen werde, wenn die ursprüngl. Klagebegründung zur Klageabweisung, die geänderte aber voraussichtlich zur Verurteilung führen würde. Erschwerung der Verteidigung ist etwas anderes, als Verschlechterung der Rechtslage. — Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß eine Erschwerung der Verteidigung des Bekl. im prozessualen Sinne nie eintreten kann, wenn — wie es in der großen Mehrzahl der Fälle geschieht — der Kl. sich mit der Klageänderung dem eigenen Vorbringen des Bekl. anpaßt. Wenn die Verteidigung des Bekl. gegenüber der geänderten Klage genau so leicht oder schwer ist, wie sie es sein würde, wenn das neue Moment schon in der ursprüngl. Klage geltend gemacht worden wäre, ist die Verteidigung nicht durch die Änderung erschwert, sondern nur gegenüber dem neuen Vorbringen. — Bei dieser Auslegung wird die Klageänderungseinrede ganz von selbst auf die Fälle beschränkt, in denen sie Sinn und Berechtigung hat und auch im Rahmen einer künftigen ZPO. behalten wird, nämlich auf die Fälle, in denen ein böswilliges oder grobnachlässiges Verhalten des Kl. vorliegt, eine Verschiebung der ganzen gewonnenen Prozeßgrundlage oder ein Auslaufen ins Uferlose zu befürchten steht oder sonst weder dem Gericht, noch dem Gegner eine Einlassung auf das geänderte Vorbringen mehr zugemutet werden darf.

Hiergegen Kluckhohn 215. Die Formulierungen „durch die Änderung“ und „gegenüber dem neuen Vorbringen“ sagen tatsächlich dasselbe. Das neue Vorbringen war nur möglich auf Grund einer Klagänderung, diese besteht eben in dem neuen Vorbringen. — Maßgebend ist nicht, wie sich die Verteidigung des Bekl. gestaltet hätte, wenn die Klage von vornherein auch das neue Vorbringen enthalten hätte, sondern allein die Frage, inwieweit die Verteidigungsstellung des Bekl. dadurch berührt wird, daß die Klage z. B. statt auf Vertrag nunmehr auf unerl. Handl. gestützt wird. — Empfohlen wird eine Erweiterung der §§ 95, 96 ZPO., 48 GKG. dahin, daß die Partei, die schuldhafterweise nachträglich die Klage ändert, einen Teil der Kosten zu tragen hat.

2. Zeitpunkt der maßgebenden Begründung. **RG.** 23. 2. 17, SeuffA. 72, 202. Entscheidend für die Frage, ob der Anspruch rechtshängig wurde, ist der Inhalt der Klageschrift.

II. Einzelne Fälle. 1. Übergang vom Erfüllungs- zum Schadensersatz-

anspruch, wenn der letztere erst im Laufe des Prozesses durch Nachfristbestimmung erlangt ist, obwohl der Kl. schon vor der Klageerhebung in der Lage gewesen wäre, nach § 326 BGB. vorzugehen. **RG.** II 22. 9. 16; 88, 405, ElsLothJZ. 17, 91, LeipzZ. 16, 1431, R. 16 Nr. 1929, 1930. Der Sen. geht von seiner 70, 337 ausgesprochenen Ansicht ab und verneint das Vorliegen einer unzulässigen Klageänderung. Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil in Verzug, so hat der andere nicht nur die Befugnis, ihm eine Nachfrist mit den in § 326 BGB. geordneten Folgen zu bestimmen, sondern er kann sich auch auf die Geltendmachung des einfachen Erfüllungsanspruchs beschränken. Wann er dazu übergehen will, im Wege der Nachfristbestimmung seinen Anspruch zu verfolgen, ist ihm grundsätzlich freigestellt. In diesem freien Entschließungsrechte würde er verkürzt werden, wenn er nach der Erhebung der Erfüllungsklage von der Befugnis der Nachfristbestimmung keinen Gebrauch mehr machen könnte, ohne sich der Gefahr auszusetzen, wegen Klageänderung abgewiesen zu werden und den Rechtsstreit doppelt führen zu müssen. Daß ein solcher Eingriff in die materiellrechtliche Stellung des Kl. der Absicht der ZPO. entspricht, kann um so weniger angenommen werden, als der Wortlaut des Ges. keinerlei Absicht dafür bietet. (Unter Aufhebung von Colmar 10. 3. 16, ElsLothJZ. 17, 90.) Anders Darmstadt 14. 4. 16, HessRspr. 18, 19, das sich **RG.** 70, 337 anschließt.

2. Unzulässige Klageänderung, wenn der Kl. auf Grund einer Abtretung geklagt, die Abtretung jedoch erst nach der Klageerhebung angenommen hat und sich nunmehr auf diesen Abtretungsvertrag stützt. **RG.** 29. 9. 17; 90, 430. Die Tatsachen, von denen das Bestehen des Klageanspruchs für den Kl. abhängt, müssen, abgesehen von solchen, welche nur die Ausübung oder Verfolgbarkeit des Klageanspruchs betreffen (Eintritt der Bedingung und Fälligkeit, Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels im Falle einer Klage auf Grund des AnfG., **RG.** 38, 87; 41, 87) nicht nur zur Zeit der Urteilsfällung, sondern auch schon zur Zeit der Klageerhebung gegeben sein; der Bekl. darf die Einlassung auf einen erst nach der Klageerhebung für den Kl. entstandenen Klageanspruch ablehnen (**RG.** 38, 88; 41, 88, JW. 98, 502).

3. Klageänderung angenommen:

a) Wenn der Anspruch auf vertragl. Gewährübernahme gestützt war und später mit Arglist begründet wird, **RG.** 29. 11. 16, R. 17 Nr. 251.

b) Beim Übergang von der Wandlungs- zur Minderungsklage, Frankfurt 5. 10. 16, FrankfRdsch. 50, 129.

c) Wenn statt auf Feststellung nach § 146 KO. auf Schadensersatz wegen Arglist des Konkursverwalters geklagt wird, **RG.** 15. 11. 16, R. 17 Nr. 250.

d) Wenn der Schadensersatzanspruch an den Justizfiskus nachträglich mit Versehen des Richters statt des Gerichtsschreibers begründet wird, Breslau 23. 10. 16, BreslauAK. 17, 7.

e) Bei dem Übergange von der Zinsenklage zur Klage auf Zahlung der Hauptsumme, **RG.** 9. 10. 16, LeipzZ. 17, 45 (anders JW. 16, 247).

f) Beim Übergang von der Klage aus §§ 823, 826 BGB. wegen Mißbrauchs des freien Kündigungsrechts zur Klage aus § 618 BGB., **RG.** 23. 1. 17, R. 17 Nr. 862.

g) Beim Übergang von der Klage aus unerlaubter Handlung zur Anfechtungsklage aus § 3 Nr. 1 AnfG., wenn der Tatbestand des letzteren Gesetzes in der Klage nicht vorgesehen war, **RG.** 5. 3. 17, LeipzZ. 17, 677, R. 17 Nr. 1100.

h) Wenn der Klageanspruch anstatt auf Vertrag auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird, **RG.** 24. 2. 16, LeipzZ. 17, 735, WarnE. 17, 189. (Anders **RG.** 71, 358, wo der Bereicherungsanspruch lediglich als übriggebliebener Teil des von vornherein geltend gemachten, auf den Tatbestand einer unerl. Handl. gegründeten Schadensersatzanspruches erhoben wurde für den Fall, daß vom Gesichtspunkte der unerl. Handl. aus Verjährung eingetreten sein sollte.) Vorliegend war der der Klage zugrunde

gelegte Tatbestand und somit der Klagegrund geändert worden. Ebenso **RG.** 16. 5. 17, BayRpflZ. 17, 255, Dresden 19. 10. 16, SächsOLG. 38, 197.

i) Wenn die Klage erst auf die Nichtigkeit des Vertrags gestützt wird, dann Ansprüche aus dem Vertrage erhoben werden, Frankfurt 25. 5. 16, FrankfRdsch. 50, 107.

k) Bei der Erklärung des Kl., nachdem sie ursprünglich in erster Inst. die einzelnen Mitglieder einer Verkaufsvereinigung als solche verklagt hatte, sie wolle nunmehr die Verkaufsvereinigung als nicht eingetragenen Verein verklagen. Hamburg, HansGZ. 17 Bbl. 233. Daß eine wesentl. Änderung des Subjektes des Prozesses eintritt, ergibt sich schon daraus, daß die Vollstreckungswirkungen gemäß der §§ 735, 736 ZPO. ganz andere sind.

Vgl. auch zu § 268 ZPO.

§ 265.

Bleibt der Kl., der im Laufe des Rechtsstreits die Streitsache veräußert hat, für eine anhängig gewordene Widerklage legitimiert, auch wenn bei dieser — ohne Klageänderung — der Antrag geändert wird? **RG.** 23. 6. 17; 90, 350. Wenn die Rechtsnachfolgerin der Kl. beim Erwerbe der Hypothek von der anhängigen Klage und der Lage des Rechtsstreits unterrichtet war, und wenn sie demnach die Prozeßführung der Kl. gegen sich gelten lassen muß (§ 265 Abs. 2), wenn ferner der nach der Abtretung der Hyp. erhobene neue Widerklageantrag keine Klageänderung, sondern nur eine gesetzlich zulässige Antragsänderung enthielt, so ist nicht abzusehen, warum die Kl. zur Verhandlung über diesen Antrag nicht berechtigt und ihre Rechtsnachfolgerin nicht verpflichtet sein sollte, die Verhandlung gegen sich gelten zu lassen.

§ 268.

1. Klageänderung verneint. a) Keine Klageänderung, wenn der andere Klagegrund neben dem ersten schon in der Klage als Hilfsgrund vorbehalten wurde (unter „Vorbehalt der Anfechtung"). Posen 28. 4. 16, PosMSchr. 17, 98.

b) **RG.** 9. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 290, R. 17 Nr. 863. Der Antrag auf Sicherheitsleistung bedeutet gegenüber demjenigen auf Schuldbefreiung oder Zahlung nicht eine Klageänderung, sondern eine nach § 268 Nr. 2 zulässige Einschränkung des Klageantrags.

2. Breslau 11. 7. 17, BreslAK. 17, 65. Wider die prozessualische Ordnung ist die Erweiterung eines Anspruchs, der in die Berufungsinstanz gediehen ist, in dem wegen anderer Ansprüche anhängig gebliebenen erstinstanzl. Verfahren.

§ 270.

1. Notwendigkeit der Entscheidung über die Frage der Klageänderung. Frankfurt 5. 10. 16, FrankfRdsch. 50, 129. Die Frage, ob eine Klageänderung vorliege, darf nicht dahingestellt bleiben, es muß vielmehr darüber entschieden werden, bevor auf eine materielle Prüfung eingegangen wird. (**RG.** 41, 571; 45, 379; 53, 36, JW. 04, 95; 05, 727; 09, 418, GruchotsBeitr. 45, 646).

2. Stillschweigende Verneinung der Klageänderung. **RG.** 3. 3. 17, LeipzZ. 17, 796, R. 17 Nr. 864, WarnE. 17, 190. Der § 270 verdankt, wie seine Entstehungsgeschichte ergibt, seine Aufnahme in die ZPO. der berechtigten Erwägung, daß man zur Einschränkung von Streitigkeiten gut tue, die Anfechtung der das Vorhandensein einer Klageänderung verneinenden Entscheidung auszuschließen. Man erwog, daß die Frage nach einer Klageänderung nicht hinreichend wichtig sei, um eine ausführl. Verhandlung und Beweisaufnahme des ersten Rechtszuges im zweiten für vergeblich erklären zu lassen. Die Rechtspr. hat dieser erweiterten Auffassung von vornherein Rechnung getragen (**RG.** 4, 413). Auf den Ausdruck Entscheidung ist daher kein erhebliches Gewicht zu legen. Es bedarf nur eines Ausspruchs über die Frage im Urteil (**RG.** 66, 419); dieser kann aber

auch im Wege einer stillschweigenden Verneinung erfolgen, nämlich durch sachliche Beschäftigung mit dem neuen Klagegrunde (JW. 07, 713).

3. Unzulässigkeit vorsorglicher Urteilsausführungen über die sachliche Unbegründetheit bei Annahme der Klageänderung. **RG.** 5. 3. 17, R. 17 Nr. 1102. Daß das OLG. mit Eventualerwägungen geprüft hat, ob die nachgeschobene Anfechtungsklage materiell begründet wäre, war an sich unstatthaft und überflüssig (**RG.** 53,35), aber insofern unschädlich, als diese eventuellen Erwägungen nicht in Rechtskraft übergehen.

§ 271.

1. Widerruf der Zurücknahme einer Klage v. PrOVG. 4. 1. 16, OVG. 70, 461, JW. 17, 496 im Verwaltungsstreitverfahren im Anschluß an OVG. 28. 2. 02, PrVerwBl. 23, 646; 6. 11. 02 und 14. 11. 12 für wirkungslos erachtet. (Von fünf zwischen denselben Kanalisationspflichtigen und dem Magistrate schwebenden Prozessen waren vier verglichen und sollten zurückgenommen, der fünfte fortgesetzt werden. Auf einem der vier Rücknahmeschriftsätze wurde versehentlich das Aktenzeichen der fünften Sache angebracht. — Die Entsch. wird -> mit Recht <- bekämpft von Görres, JW. 17, 496 Anm., der es als gewohnheitsrechtl. Übung des deutschen Prozeßverfahrens bezeichnet, daß derartige Schreibfehler usw. in den Schriftsätzen der RA., wenigstens vor der letzten mündl. Verhandlung, auf Antrag jederzeit berichtigt werden.)

2. Die Kostenfrage. a) Kosten des Versäumnisurteils. Hamburg 30. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 165, OLG. 35, 66, R. 17 Nr. 1294. Ist infolge der Zurücknahme der Klage der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen, so kann die Kostenpflicht, wenn das Ges. nichts anderes befiehlt, nicht aus prozeßrechtl. Vorschriften hergeleitet werden, die einen Tatbestand zur Voraussetzung haben, der kraft der gesetzl. Fiktion für die rechtl. Beurteilung auszuscheiden hat. Wenn daher der § 271 die Kostenpflicht des Kl. feststellt, soweit nicht rechtskräftig anders erkannt ist, so stellt er damit einen Verpflichtungsgrund auf, der die Kostenpflicht selbständig und unabhängig von anderen Kostenvorschriften begrenzt und der daher nicht berührt werden kann durch die Schicksale der Klage, die als nicht anhängig geworden gilt. Vgl. JDR. 15, 2 u. 3 aβ.

b) Kosten der Nebenintervention. α. Hamburg 13. 10. 16, HansGZ. 17 Bbl. 26, LeipzZ. 17, 826, OLG. 35, 45 tritt **RG.** JW. 04, 492 bei, wonach für den Fall der Zurücknahme der Klage der Kl. auch die Kosten des seinem Gegner beigetretenen Nebenintervenienten zu tragen hat. Der Nebenintervenient hat auch einen Anspruch darauf, daß diese Verpflichtung des Kl. durch Urteil ausgesprochen werde. — Die Unzulässigkeit des Widerstreits einer Prozeßhandlung des Nebenintervenienten zu einer solchen der Hauptpartei (§ 67) greift nur da Platz, wo durch sie das zwischen diesen beiden Personen bestehende Verhältnis berührt wird (**RG.** 56, 115), nicht aber, wo es sich um einen selbständigen Rechtsanspruch des Nebenintervenienten gegenüber dem Gegner der von ihr unterstützten Hauptpartei handelt. (Daher wurde der Kostenerstattungsanspruch des Nebenintervenienten anerkannt, obwohl die Zurücknahme auf Grund eines ohne seine Zuziehung geschlossenen Vergleichs erfolgte, nach dem der Bekl. alle Prozeßkosten bis auf die Kosten des RA. der Kl. zu tragen hatte.)

β. Hamburg 9. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 204, R. 17 Nr. 1452. (Die Parteien hatten sich dahin verglichen, daß Kl. auf den Anspruch verzichtet und die Klage zurücknimmt, Bekl. alle Gerichtskosten, jede Partei aber ihre Anwaltskosten trägt.) Wenn der Nebenintervenient meint, Kl. müsse nach § 271 infolge der Zurücknahme der Klage alle Kosten, also auch die der Nebenintervention tragen, so ist das unrichtig. Denn hier ist die Klage in Wirklichkeit nicht zurückgenommen, sondern nur im Vergleiche ist ein entsprechender Ausdruck gebraucht, und überdies regelt der Vergleich selbst die Kosten abweichend von der im Falle einer wirklichen Zurücknahme der Klage nach § 271 gegebenen gesetzl. Folge. — Nach dem Vergleich hat von den Gesamtkosten des Rechtsstreits auch der Kl. einen Teil, nämlich seine Anwaltskosten zu tragen. Da der Inhalt des Vergleichs auch für die Ent-

scheidung über die durch die Nebenintervention verursachten Kosten maßgebend sein muß, so rechtfertigt es sich, dem Kl. die Kosten der Nebenintervention in dem Verhältnis aufzuerlegen, in dem seine eigenen Anwaltskosten zu den Gerichtskosten und den Anwaltskosten des Bekl. stehen. Nur den überschießenden Teil der Kosten der Nebenintervention hat der Nebenintervenient zu tragen.

§ 274.

Ziff. 3. 1. Die Berufung des Bekl. auf das Fehlen des Schiedsgutachtens (in Versicherungssachen) ist keine Verteidigung prozessualer Natur. Kisch 18. Der Versicherer stützt sich lediglich auf materiell-rechtl. Gesichtspunkte. Er rügt nicht irgendeinen prozessualen Mangel (die Klage kann, trotz mangelnden Schiedsgutachtens, durchaus prozeßordnungsmäßig beschaffen sein), sondern er behauptet, daß der eingeklagte Anspruch noch nicht erfüllungsreif geworden sei. Daher handelt es sich insbesondere auch nicht um eine prozeßhindernde Einrede. Erst recht handelt es sich nicht um die prozeßhindernde Einrede, daß der Rechtsweg ausgeschlossen sei (wie gelegentlich in den Versicherungsbedingungen gesagt wird.) Es besteht kein Zweifel, daß der Anspruch des Versicherten in das Gebiet der ordentl. streitigen Gerichtsbarkeit gehört, wenn er auch (zur Zeit) materiell noch nicht begründet ist, und deshalb abgewiesen werden muß, aber eben durch die ordentl. Gerichte abgewiesen werden muß.

2. Stillschweigender Verzicht auf die Einrede aus § 274 Ziff. 3. Karlsruhe 13. 12. 16, BadRpr. 17, 135 angenommen, weil der Bekl. durch seinen RA. dem Gegner ausdrücklich erklärt hatte, die Klage könne ihm zugestellt werden. (Im Schiedsvertrage war für den Fall, daß beide Parteien auf die Berufung des Schiedsgerichts verzichteten, die Zuständigkeit eines AG. bzw. LG. je nach der Höhe des Streitwertes vereinbart.)

3. Schiedsvertrag und Aufrechnung. Kamnitzer 84. Die Frage, ob die Aufrechnung mit einer durch Schiedsspruch festzustellenden streitigen Forderung zulässig ist, ist rein materiellrechtlich. Der Aufrechnung mit einer solchen Forderung im ordentlichen Verfahren steht nicht die prozeßhindernde, wohl aber die materiellrechtl. Einrede des Schiedsvertrages entgegen.

§ 275.

Voraussetzungen eines anfechtbaren Zwischenurteils über eine prozeßhindernde Einrede. **RG.** 24. 5. 16, WarnE. 17, 45. Die Erlassung eines Urteils i. S. des § 275 Abs. 2 hat, auch wenn die prozeßhindernde Einrede eine solche der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist, zur Voraussetzung, daß gemäß § 275 Abs. 1 entweder der Bekl. auf Grund der Einrede die Verhandlung zur Hauptsache verweigert oder das Gericht die abgesonderte Verhandlung über die Einrede angeordnet hat (**RG.** 15, 398, GruchotsBeitr. 46, 666; 48, 125; 53, 1092). — Indessen kann nach der ständigen Rechtspr. des RG. ein eine prozeßhindernde Einrede verwerfendes Zwischenurteil selbständig mit einem Rechtsmittel auch dann angefochten werden, wenn zwar die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 nicht gegeben waren, das Gericht aber ein in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehendes Urteil i. S. des § 275 Abs. 2 hat erlassen wollen. (Wurde im gegebenen Falle bejaht.)

§ 278.

RG. 2. 4. 17, R. 17 Nr. 1295. Bloße Erwähnung des Tatbestandes der Verjährung noch nicht als Ankündigung des Verjährungseinwandes angesehen und Fragepflicht des Gerichts verneint. Das OLG. durfte annehmen, daß der Bekl. mit Vorbedacht einen Einwand aus § 1302 BGB. unterlasse, weil er sich nicht dem Verdacht aussetzen wolle, die Verjährung dazu zu benutzen, um sich der Ersatzpflicht aus einem Verlöbnisbruch zu entziehen.

§ 286.

I. Satz 1. 1. Ablehnung eines sachlich erheblichen Beweisantrages. **RG.** 3. 11. 16, LeipzZ. 17, 395 hält an der Rechtspr. fest, daß ein Beweisantrag nicht mit der Begr. abgelehnt werden darf, durch die Aussagen eines anderen Zeugen sei das Gegenteil erwiesen. In solcher Weise läßt sich die Ablehnung eines sachlich erheblichen Beweisantrages nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, daß die Überzeugung des Gerichts von der Erfolglosigkeit der beantragten Beweisaufnahme unerschütterlich feststeht und daß jede Möglichkeit des Gegenteils als ausgeschlossen erscheint (**RG.** 4, 375; 15, 335; 24, 336, JDR. 15, 4). Ebenso BayObLG. 28. 4. 16, BayObLG. 17, 86. — Von diesem Standpunkte aus wurde es

a) **RG.** 25. 11. 16, WarnE. 17, 46 billigt, daß der Berufungsrichter die Vernehmung der Ehefrau des Kl. als Zeugin mit der Begr. abgelehnt hat, es würde der Ehefrau, wenn sie das bezeugen würde, was der Kl. behaupte, wegen ihrer naheliegenden Teilnahme am Ausgange des Rechtsstreits nicht geglaubt werden können.

b) **RG.** 30. 4. 17, LeipzZ. 17, 1136. Nachdem die Behauptung des Kl., die Bekl. habe mit verschiedenen benannten Männern Ehebruch begangen, beweislos geblieben war, benannte er in zweiter Instanz noch einen Zeugen für einen weiteren Ehebruch. Die Bekl. widersprach, weil nur Verschleppung beabsichtigt, KG. lehnte die Vernehmung ab. RG.: Ob schon aus diesem Grunde die Vernehmung abgelehnt werden durfte, kann gegenüber der Vorschrift der §§ 347, 278, 614 Abs. 1 ZPO. dahingestellt bleiben. Wenn aber das KG. aus dem bisherigen unzuverlässigen Vorbringen des Kl. Anhalt hatte, anzunehmen, es werde die Vernehmung des Zeugen keinesfalls zum Beweise ausreichen, so konnte ohne weiteres, wie geschehen, nach § 475 ZPO. auf den richterl. Eid der Bekl. erkannt werden.

c) **RG.** 8. 5. 17, WarnE. 17, 288. Die Vernehmung eines Zeugen darf auch dann unterbleiben, wenn die in seine Wissenschaft gestellte Behauptung mit dem, was die beweisführende Partei selbst außerhalb und innerhalb des Prozesses bisher erklärt hat, in Widerspruch steht und sich als offenbar wahrheitswidrig darstellt.

2. Wiederholung von Beweisaufnahmen im zweiten Rechtszuge. Bittinger 104. Personen vernehmen kann man auch in zweiter Inst., nicht aber kann man die erste Vernehmung wiederholen. Daß nur auf Grund von Protokollen und Vorträgen der RA. andere tatsächl. Folgerungen gezogen werden, als vom Erstrichter geschehen ist, sollte nicht vorkommen. Die anschauliche Erkenntnis, die der Erstrichter durch die eigene Vernehmung der Zeugen und Parteien gewonnen hat, sollte auch dann nicht unbeachtet bleiben, wenn er sie in den Urteilsgründen nicht ausdrücklich hervorgehoben hat. Mancher Richter hat Scharfsinn und feines Gefühl für das Erfassen tatsächl. Verhältnisse, nicht aber in gleichem Maß die Geschicklichkeit, vielleicht aus Grundsatz gar nicht die Absicht, das, was seine gute Überzeugung ist, nach ihren Quellen so vorzutragen, daß auch ein anderer davon überzeugt (oder dazu überredet) wird.

3. a) Verwertung des Eindrucks, den eine Partei oder ein Zeuge auf den beauftragten Richter gemacht hat. **RG.** 1. 3. 17, JW. 17, 603, LeipzZ. 17, 1073, SeuffA. 72, 309, WarnE. 17, 191. Es enthält, wie das RG. bereits in verschiedenen Entsch. ausgeführt hat (**RG.** 17, 425, JW. 87, 187, GruchotsBeitr. 51, 193), eine Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung, wenn das Gericht derartige Eindrücke, die nicht zum Gegenstand der mündl. Verhandlung gemacht sind, berücksichtigt. In den angeführten Entsch. ist dies zwar nur ausgesprochen bezüglich des Eindrucks, den ein Zeuge bei seiner Vernehmung hervorgerufen hat. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn der Eindruck, den das Verhalten einer Partei gemacht hat, der Entsch. zugrunde gelegt werden soll. (Ob eine Ausnahme von diesem Grundsatz dann zuzulassen ist, wenn der beauftragte Richter über seine Wahrnehmungen einen Vermerk in das Protokoll aufgenommen hat, der als Bestandteil der Beweisaufnahme in der mündlichen

Verhandlung vorgetragen ist, wurde unerörtert gelassen, da vorliegend das Protokoll einen solchen Vermerk nicht enthielt.)

b) Verwertung der dem Gericht aus Vorprozessen bekannten Tatsachen. RG. 13. 2. 17, LeipzZ. 17, 662. An sich ist der Richter befugt, Tatsachen, die ihm auf Grund seiner amtl. Tätigkeit im Vorprozesse bekannt geworden sind, als gerichtskundig zu bezeichnen, aber nach dem Verhandlungsgrundsatz der ZPO. nur dann, wenn sie von den Parteien vorgetragen sind. (Vorliegend hatte sich keine Partei auf die Vorprozeßakten und die darin enthaltene Erklärung der Bekl. berufen. Das OLG. durfte sie daher nicht verwerten, ohne die Parteien darauf aufmerksam zu machen und ihnen Gelegenheit zur Äußerung zu geben.)

c) Zulässigkeit der Verwertung beigezogener Akten, wenn die darin enthaltenen Erhebungen nicht bestritten sind. RG. 8. 1. 17, R. 17 Nr. 1669. (Es handelte sich um eine Klage aus § 833 BGB. und die Akten der landwirtschaftl. Berufsgenossenschaft über den Unfall.)

4. Abweichung vom klaren Urkundeninhalt. RG. 28. 4. 17, R. 17 Nr. 1456. Wie die vorgetragenen Grundbuchakten ausweisen, ist das Schreiben v. 23. 10. 12 nicht von E., sondern von K. an das Grundbuchamt gerichtet. Sonach liegt ein offenbares Versehen des KG. vor, infolgedessen die Urteilsgründe im Widerspruche stehen zu dem klaren Inhalte der Urkunde, auf welche der Berufungsrichter die Feststellung stützt. Ein solcher Widerspruch stellt sich als ein Begründungsmangel i. S. des § 286 und sonach als ein Prozeßverstoß dar, der die Rev. begründet, wenn auf ihm die Entsch. beruht (RG. 8, 14; 36, 195, JW. 96, 689; 97, 547).

5. Entlastungsbeweis einer Handelsgesellschaft als Gemeinschuldnerin. RG. 17. 11. 16, LeipzZ. 17, 208. Der Rev. ist nicht zuzugeben, daß die Erfahrung des tägl. Lebens ohne weiteres dafür spreche, daß die in einem größeren Geschäft als Buchhalter angestellten Personen nicht nur mit den Vermögensverhältnissen der Geschäftsschuldner, sondern auch mit den Anschauungen des Geschäftsherrn über diese bekannt seien. (Daher wurde das OLG. nicht für verpflichtet erachtet, die Bekl. zu befragen, ob sie nicht in der Lage sei, bestimmte äußere Vorgänge zu behaupten und unter Beweis zu stellen, die einen Rückschluß auf die Nichtkenntnis ihres gesetzl. Vertreters gestatten würden.)

II. Satz 2. Umfang der Erörterung der leitenden Gesichtspunkte. BayObLG. 18. 5. 17; 18, 79, LeipzZ. 17, 1271. § 286 verpflichtet das Gericht nur zur Darlegung der leitenden Gesichtspunkte, die für die Bildung seiner Überzeugung maßgebend gewesen sind. Einer erschöpfenden Erörterung aller Einzelheiten bedarf es nicht. Es genügt also, wenn die Meinung des Gerichts, daß dem nicht besonders Erörterten keine Bedeutung für die Beweisfrage zukommt, erkennbar aus den Gründen hervorgeht, also die Annahme, daß das Gericht die fragl. Tatsachen übersehen hat, als ausgeschlossen gelten muß. Vgl. auch RG. 25. 9. 17, R. 17 Nr. 2054.

§ 287.

1. Allgemeines. *Rud. Schmidt 154ff. § 287 Abs. 1 Satz 1, 2, 3 beziehen sich nicht nur auf das Vorhandensein und die Höhe des Schadens, sondern auch auf den ursächlichen Zusammenhang. Der Schätzungseid ist auch anwendbar, wenn noch nichts zugunsten des Beweispflichtigen spricht. Der Schätzungseid braucht nicht immer auf eine Geldsumme zu lauten, sondern ist zuweilen über die Umstände zu leisten, aus denen sich der Geldbetrag des Schadens erst durch Schlußfolgerung ergibt. — Nach Abs. 1 Satz 2 hat das Gericht ganz allgemein das Recht, Beweisanträge der Parteien nach freiem Ermessen abzulehnen, ganz einerlei, ob es auf einen richterlichen Eid erkennt oder nicht. — Der Eid ist entweder in der Überzeugungsform oder in der Form des § 287 Abs. 1 Satz 3 aufzuerlegen.

2. Schätzungseid bei Ersatzansprüchen aus Feuerversicherungen. RG. 17. 11. 16; 89, 190, JW. 17, 163, LeipzZ. 17, 192, R. 17 Nr. 83, SeuffA. 72, 339. (Die

Revision hatte geltend gemacht, die Vorschrift des § 287 betreffe nur Ansprüche auf Schadensersatz im gesetzl. Sinne; der dem Kl. entstandene Brandschaden sei aber kein Schaden i. S. des Ges., sondern Anspruch auf Erfüllung des Versicherungsvertrages.) Die Vorschrift des § 287 setzt ihrem Wortlaut nach lediglich voraus, daß unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden ist, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse beläuft. Auf den Rechtsgrund, auf dem der Klageanspruch beruht, legt das Ges. mithin kein Gewicht. Zu einer einschränkenden Auslegung des Gesetzes in dem von der Rev. vertretenen Sinne ist kein Anlaß vorhanden.

3. Vgl. zur Anwendung des § 287 auf Versicherungs- und Enteignungssachen Schneider 840.

§§ 288, 289.

1. Zum Begriff des gerichtl. Geständnisses (= der vom Gegner aufgenommenen ungünstigen Angaben). Vgl. zu § 138 ZPO. Sobernheim 163 bis 206. a) Es kommt nur darauf an, in welchem Sinne die Tatsache im Urteil zu verwerten ist, ob für oder gegen die Partei. Dagegen braucht Gegenstand des Geständnisses nicht eine i. S. der Beweislastverteilung nachteilige Tatsache zu sein, d. h. eine solche, für die im Streitfall der Gegner die Beweislast hätte. b) Die Erklärung muß eine unzweideutige Einräumung der ungünstigen Tatsache enthalten. Auch die ausdrückl. Erklärung, nicht bestreiten zu wollen, braucht kein Geständnis zu enthalten. Das Geständnis braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen. Der Satz qui excipit non fatetur hat nur bedingte Geltung. c) Ein Geständnis liegt nur vor, wenn der Einräumung eine entsprechende Behauptung gegenübersteht. d) Das Geständnis reicht nur soweit wie die Übereinstimmung der Parteien. e) § 289 hat nichts mit der Frage der Beweislast und dem Unterschied zwischen motiviertem Leugnen und „qualifiziertem Geständnis" zu tun, sondern betont lediglich, daß im Einzelfall zu prüfen ist, wieweit das Tatsachengeständnis reicht. f) Verhältnis des Rechtsfolgegeständnisses zum Tatsachengeständnis: Die zugestandene Tatsache wird stets Urteilsgrundlage, der Widerruf ist nur nach § 290 möglich, das Rechtsgeständnis spart jede Substantiierung, hindert aber nicht, daß das Gericht die vorgetragenen Tatsachen selbständig prüft, und wenn sich aus den die Urteilsgrundlage bildenden Tatsachen eine andere Rechtsfolge als die zugestandene ergibt, das Geständnis beiseite schiebt. Beweis des Irrtums beim Widerruf nicht erforderlich.

2. Feststellung eines gerichtlichen Geständnisses. **RG.** 26. 4. 17, WarnE. 17, 340. Die Auslegung eines Urteilstatbestandes, insbesondere die Frage, ob darin ein gerichtliches Geständnis beurkundet ist, unterliegt der freien Beurteilung des Revisionsgerichts und es genügt, wenn dieses aus dem Tatbestand die Überzeugung gewinnt, daß der Gegner die behaupteten Klagtatsachen hat einräumen wollen. (Im gegebenen Falle bejaht aus der Hervorhebung des Umstandes, es sei bei Hingabe der eingeklagten Darlehne vereinbart worden, daß sie nicht zurückgefordert werden dürften, in Verbindung mit dem Nichtbestreiten der Behauptung, daß die Darlehen gegeben seien.)

§ 291.

1. Zum Begriff der Gerichtskundigkeit. PrOVG. 27. 6. 16, PrVerwBl. 38, 211. Offenkundig sind beim Gericht Tatsachen, wenn sie entweder nur dem Gericht, d. h. den erkennenden Richtern, bekannt sind (Gerichtskundigkeit), oder wenn die Kenntnis sich auf weitere Kreise und deshalb mit auf die Richter erstreckt (Gemeinkundigkeit). Die Gerichtskundigkeit besteht aber bloß bei Tatsachen, die einem gerichtl. und deshalb dem Gericht vermöge dieser seiner Eigenschaft bekannten Vorgang entstammen, während unter Gemeinkundigkeit die Kenntnis eines ausgedehnten Kreises von Personen aus deren eigener Wahrnehmung oder aus allgemein zugänglichen Quellen zu verstehen ist. — Aus welchem Grunde das Gericht Offenkundigkeit angenommen hat, braucht im einzelnen nicht angegeben zu werden. (Vgl. **RG.** 17. 1. 81, GruchotsBeitr. 25, 1018; 31. 5. 94

ebenda 38, 1138; 7. 10. 10, JW. 11, 102.) — Vgl. wegen technischer Fragen auch **RG.** 3. 4. 17, R. 17 Nr. 1457.

2. **RG.** 4. 1. 17, R. 17 Nr. 1672, WarnE. 17, 137. Es ist unbedenklich, wenn der Vorderrichter seine Feststellung auf Offenkundigkeit i. S. des § 291 stützt, obgleich nur vier Mitglieder des BG. an der früheren Verhandlung teilgenommen haben, denn es genügt auch zur Feststellung der Gerichtskunde ein Mehrheitsbeschluß, wie der 3. ZS. des **RG.** 19. 2. 07, III 264/06 angenommen hat.

§ 293.

1. Das anzuwendende Recht ist in jedem Falle festzustellen. **RG.** 27. 2. 17, R. 17 Nr. 869. Mit Recht beschwert sich die Revision darüber, daß das KG. es unentschieden gelassen hat, welches der beiden Rechte — deutsches oder amerikanisches — hier anzuwenden ist. Schon in **RG.** 71, 9 ist ausgesprochen, es sei dies nicht zu billigen. Für Privatrechtsverhältnisse ist im Streitfalle regelmäßig nur entweder das fremde oder das deutsche Recht maßgebend und in den Grenzen des § 293 hat der deutsche Richter auch das maßgebende fremde Recht von Amts wegen zu ermitteln (**RG.** 39, 376).

2. BayObLG. 17, 316, JDR. 15, 1 jetzt auch BayObLG. 17, 56.

§ 294.

Über die Beschaffung eidesstattl. Versicherungen im Prozesse. DNotV. 17, 40 zu Schneider, BuschsZ. 46, 216, JDR. 15, 2. Was vermieden werden muß, ist nur, daß eidesstattl. Versicherungen im voraus entworfen und den Auskunftspersonen zur Unterschrift zugesendet werden. Wenig aber ist dagegen einzuwenden, daß der Anwalt die Auskunftsperson selbst vernimmt und ihre Erklärung beurkundet; am besten wird er tun, dies durch Aufnahme eines Protokolls ersichtlich zu machen. Ein völlig einwandfreies Mittel aber bietet sich in der notariellen Beurkundung. — Zur Abnahme (PrFGG. Art. 34) eidesstattl. Versicherungen sind die Notare nur in Ausnahmefällen, zu Beurkundungen immer befugt.

§ 295.

1. Mangelhafte Aufnahme des Verfahrens i. F. des § 144 Abs. 2 KO. Marienwerder 15. 2. 17, PosMSchr. 17, 22. Nimmt der widersprechende Gemeinschuldner i. F. des § 144 Abs. 2 KO. das Verfahren auf, so wird dadurch an sich die Unterbrechung nicht beendigt, da ihm die Befugnis zur Aufnahme nicht zusteht. Es handelt sich aber um einen verzichtbaren Verfahrensmangel i. S. des § 295 ZPO. (Im gegebenen Falle wurde der Rügeverzicht darin gefunden, daß der Gegner den zunächst verlesenen Antrag, die Berufung des Gemeinschuldners als unzulässig zu verwerfen, fallen gelassen hatte.)

2. Unverzichtbare Verfahrensvorschriften. **RG.** 25. 6. 17, JW. 17, 929. Zu den Vorschriften des Abs. 2 gehören alle diejenigen, die vorschreiben, daß eine Entsch. nur auf Grund einer mündl. Verhandlung getroffen werden kann, (Im Anschluß an **RG.** 34, 358; 39, 404; 40, 375; 54, 7; 57, 416, JW. 90, 47; 01, 615; 04, 65). Vgl. zu § 453 Abs. 2 ZPO.

3. Kriegsrecht. **RG.** 5. 6. 17, JW. 17, 853. Unverzichtbar ist der Mangel der schriftl. Mitteilung des nach § 23 der EntVO. v. 9. 9. 15 erlassenen Urteils.

Zweiter Titel.

Schrifttum: Bacharach, Zur Reform des § 328 Nr. 2 ZPO., JW. 17, 701. — Bartholomäus, Zur Lehre vom Schadensersatzanspruch gegenüber rechtskräftigen Urteilen, PosMSchr. 17, 46. — Beißer, Darstellungsweise und Inhalt des Urteilstatbestandes, AÖstGZ. 17, 193. — Fränkel, Die Erkenntnis des Sachverhalts im bürgerlichen Rechtsstreit, BuschsZ. 47, 150. — Fuchs, Fortbildende Lückenausfüllung oder Novelle? JW. 17, 33. — Grabner, Die Natur des prozessualen Verzichts und Anerkenntnisses, Gruchots Beitr. 61, 65. — Kammitzer, Aufrechnung und Schiedsvertrag, PosMSchr. 17, 84. — Krückmann, Die materielle Urteilswirkung, BuschsZ. 46, 371; 47, 1. — Oertmann, Rechtskraft bei Eigentumsklagen, R. 17, 13. — Philipp, Zur Frage der Aufrechnung

im Prozeß, BayRpflZ. 17, 173. — Schanze, Deklarative und konstitutive Entscheidungen, ZBlFG. 17, 361 u. 409. — Schultzenstein, Rechtskraft und Beginn der Rechtskraft im Verwaltungsstreitverfahren, GesuR. 18, 217. — Derselbe, Die Spruchreife in der Revisionsinstanz nach dem Landesverwaltungsgesetze, VerwA. 26, 1.

§ 301.

1. Kein Teilurteil bei eventueller Klagenhäufung. Hamburg 28. 9. 15, BuschsZ. 47, 165. Der Eventualanspruch ist bedingt durch das Nichtbestehen des Hauptanspruchs, dieser bedingt mithin jenen. Daraus ergibt sich, daß die Entsch. über den Hauptanspruch stets von Wirkung ist auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Eventualanspruchs. Die Erwägungen, die zur Aufnahme der Vorschrift des § 301 geführt haben, passen daher nicht auf den Fall der eventuellen Klagenhäufung. Angesichts der Einheitlichkeit und des Ineinandergreifens von Haupt- und Eventualanspruch verbietet sich die entspr. Ausdehnung jener Gesetzesbestimmung. Vgl. JDR. 15, 1.

2. Teilurteile über einzelne Rechnungsposten. KG. 12. 12. 16, OLG. 35, 74. (Die Kl. verlangten Ersatz des ihnen durch vorzeitige Beendigung der Miete — infolge Aufkündigung durch den Ersteher nach erfolgter ZwVersteigerung des Grundstücks — entstandenen Schadens. Das LG. hielt den Rechtsstreit für spruchreif, insoweit er die Ersatzforderungen bis zum Kriegsbeginn betraf, und sprach den in dieser Zeit den Kl. entgangenen Gewinn von jährlich 4000 M. zu. KG. erblickte hierin eine Verletzung der Grundsätze über die Zulässigkeit eines Teilurteils.) Steht den Kl. ein Ersatzanspruch überhaupt zu, so hat der Bekl. denjenigen Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Danach ist der zu ersetzende Schaden einheitlich festzustellen, und die Erträge einzelner Geschäftsjahre können nur als Faktoren bei der Ermittlung dieses Schadens berücksichtigt werden.

Vgl. **RG.** 16. 5. 17 zu § 539 ZPO. (Das Verfahren erster Inst. leidet an einem wesentl. Mangel, wenn das LG. bei erhobener Leistungs- und Feststellungsklage einheitlich anstatt eines Teilendurteils auf Feststellung und eines Teilzwischenurteils über den Grund des Leistungsanspruchs ein Zwischenurteil nach § 304 für den ganzen Klaganspruch erläßt.) — Siehe weiter zu § 303.

§ 302.

1. Zum Begriff des rechtlichen Zusammenhanges. Dresden 5. 10. 16, SächsOLG. 38, 211. Haben die Parteien mehrere Rechtsgeschäfte abgeschlossen, so ist zu untersuchen, ob die verschiedenen Tatbestände so zusammenhängen, daß sie als innere Einheit erscheinen und untrennbar sind. — Der Zusammenhang zwischen dem Klaganspruch auf Zahlung des Kaufpreises für unbezahlte Lieferungen und der Gegenanspruch auf Rückgewähr des Kaufgeldes für bereits bezahlte Lieferungen ist auch unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zusammenhangs der Geschäfte ein so äußerlicher und loser, daß von einem rechtl. Zusammenhang schon wegen der Trennbarkeit beider Ansprüche nicht die Rede sein kann. Vgl. JDR. 15, 5.

2. Wirkung der im vorbereitenden Schriftsatz erklärten rechtsgeschäftl. Aufrechnungserklärung. Philipp 173 (zu KG. 23. 6. 14, OLG. 33, 239 und Mugdan Anm. a. a. O.). Die durch die Abgabe der Aufrechnungserklärung erfolgte Tilgung der Forderungen ist eine endgültige. Die zivilrechtl. Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung als rechtsgeschäftl. Tilgung der Forderungen ist vollständig unabhängig von ihrem weiteren Schicksal im Prozeß und von dem weiteren Schicksal des Prozesses. Die im vorbereitenden Schriftsatz niedergelegte Aufrechnungserklärung wirkt, sofern nur der Wille des Aufrechnenden darauf gerichtet ist, nicht nur ein künftiges prozessuales Verhalten anzukündigen, sondern sofort die rechtsgeschäftl. Aufrechnungserklärung abzugeben, sofort mit der Zustellung des Schriftsatzes an den Gegner. Die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnungseinrede allerdings erfolgt erst durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung. War die Aufrechnungserklärung im Laufe des Prozesses rechtswirksam abgegeben, so könnte der

Richter in einem Nachprozeß die aufgerechnete Gegenforderung trotz § 389 BGB. nur dann als nicht getilgt erachten, wenn er in dem Fallenlassen der Aufrechnungseinrede eine rechtswirksame Zurücknahme der Aufrechnungserklärung erblicken dürfte. Die einseitige Zurücknahme aber ist nicht möglich und auch der mit Einwilligung des Gegners erfolgte Widerruf nicht imstande, die erloschene Gegenforderung wieder ins Leben zu rufen. — Vgl. die eingehenden Darlegungen von Oertmann, Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht 1916, 13ff., 138ff., ferner auch Kammitzer 84.

3. Umfang der Nachprüfung durch das BG. Hamburg 4. 1. 17, HansGZ. 17 Bbl. 136, SeuffA. 72, 240. Das Vorbehaltsurteil entscheidet nicht allein darüber, ob die gesetzl. Voraussetzungen für den Erlaß eines solchen Urteils vorliegen, sondern auch darüber, ob nach Lage des Falles die Zurückstellung einer Entscheidung über die Aufrechnung geboten erscheine. Die Nachprüfung dieser letzteren Frage unterliegt ebenso wie die Frage nach dem Vorhandensein der gesetzl. Voraussetzungen für den Erlaß eines Vorbehaltsurteils der Nachprüfung durch das Berufungsgericht. Vgl. BayObLG. 21. 2. 08, OLG. 17, 171.

§ 303.

Rechtliche Behandlung eines Teilurteils, das inhaltlich Zwischenurteil ist. **RG.** 21. 11. 16, R. 17 Nr. 84. Zwei verschiedene Klagebegründungen stellen nicht zwei verschiedene Klagansprüche dar und ein Urteil, das eine der Klagebegründungen zurückweist, ist ein Zwischenurteil aus § 303 (**RG.** 50, 278). — Hieran ändert auch nichts der Umstand, daß das BG. ein Urteil aus § 301 ZPO. hat erlassen wollen. Denn für die Frage der Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist lediglich die rechtl. Bedeutung der Entsch., ihr objektiver Inhalt, nicht aber die Absicht des Gerichts maßgebend (JW. 11, 548, Gruchots Beitr. 56, 636, R. 11 Nr. 178 und 3214). Vgl. den umgekehrten Fall **RG.** 4. 12. 16, R. 17 Nr. 253, wo eine als Zwischenurteil ergangene Entsch. als Teilurteil angesehen wurde.

§ 304.

I Voraussetzungen und Tragweite des Grundurteils im allgemeinen. 1. Grundurteil nur über einen durch Klage oder Widerklage im Prozeßwege auf Verurteilung oder Feststellung gerichteten Antrag. Braunschweig 10. 10. 16, BraunschwZ. 64, 58. Ein außergerichtlich geltend gemachter Anspruch steht dem nicht gleich. Etwas anderes gilt auch nicht, wenn ein Vorverfahren vor einer Verwaltungsbehörde stattgefunden hat (im gegebenen Falle Festsetzung von Aufwendungen auf Grund d. TelWegeG. v. 18. 12. 99). Aus § 13 Abs. 2 u. 3 a. a. O. läßt sich nicht entnehmen, daß das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde mit dem späteren gerichtl. Verfahren ein einheitliches Ganzes bilden solle. Vielmehr setzt die Verwaltungsbehörde die Entschädigung vorläufig fest, und gegen die Entscheidung steht „die gerichtl. Klage" zu. Hiernach durfte das LG. nach § 304 über den Grund des vom Bekl. gar nicht geltend gemachten Anspruchs ebensowenig vorab entscheiden, wie etwa über den Grund einer Gegenforderung. (Klage des Reichspostfiskus gegen eine Überlandzentrale auf Aufhebung der von der Kreisdirektion für sie festgesetzten Aufwendungen und Abweisung des Erstattungsanspruchs.)

2. Grundurteil nicht vor Erschöpfung a) des Anspruchsgrundes, **RG.** 13. 3. 17, R. 17 Nr. 870, WarnE. 17, 448, b) sämtlicher Klagegründe. **RG.** 7. 12. 16, LeipzZ. 17, 808, R. 17 Nr. 436. Wenn ein Anspruch auf verschiedene Klagegründe gestützt wird, kann grundsätzlich ein Urteil über den Grund nur unter Erschöpfung aller Klagegründe erlassen werden (**RG.** 45, 316, JW. 06, 313). Das gilt mindestens dann, wenn die Möglichkeit besteht, daß aus einem der weiteren Klagegründe sich ein höherer Betrag als aus dem zunächst geprüften und für begründet erachteten Klagegrunde für den Kl. ergeben kann. (So lag die Sache im gegebenen Falle, wo der Kl., der einen Mietvertrag wegen Täuschung angefochten, den auf die Ausstattung der Mieträume verwendeten Betrag von 20000 M. sowohl als Schadensersatz als auch wegen ungerechtfertigter Bereiche-

rung forderte und das LG. nur den letzteren Klagegrund geprüft und darauf hin das Grundurteil erlassen hatte. Der Anspruch aus ungerechtf. Bereicherung findet seine Begrenzung in dem Betrag, um welchen die Bekl. auf Kosten des Kl. bereichert ist, auch wenn dessen Aufwendungen und sein Schaden sich höher belaufen haben, während der Kl. bei einem ihm zustehenden Schadenanspruch Ersatz seines vollen Schadens zugesprochen erhalten könnte.)

3. Entscheidung über den ursächlichen Zusammenhang. Frankfurt 2. 11. 16, FrankfRdsch. 50, 137. Bei Schadensersatzansprüchen, die nach Grund und Betrag streitig sind, wird die Frage des ursächl. Zusammenhangs zwischen der Handlung des Bekl. und dem entstandenen Schaden durch das über den Grund des Anspruchs erlassene Urteil endgültig entschieden. Grundsätzlich gilt dies auch für die Frage des mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten. Nur dann ist die Erörterung dieser Frage und sonstiger Fragen des ursächl. Zusammenhangs im Nachverfahren über die Höhe noch zulässig, wenn in dem Urteil über den Grund des Anspruchs die Entscheidung hierüber, sei es ausdrücklich, sei es nach den zur Auslegung mit heranzuziehenden Entscheidungsgründen dem Verfahren über den Betrag vorbehalten ist. (Vgl. **RG.** 82, 196, JW. 15, 148, GruchotsBeitr. 62, 338 u. a.)

4. Art der Schadensberechnung. **RG.** 6. 10. 17, R. 17 Nr. 2056. Für die Vorabentscheidung über den Grund, die dahin zu verstehen ist, daß sie sowohl den konkreten als auch den abstrakten Schaden betrifft, war nur die Feststellung erforderlich, ob nach beiden Gesichtspunkten ein Schaden entstanden ist.

5. Einschränkung des Grundurteils. **RG.** 27. 6. 17, LeipzZ. 17, 1127, WarnE. 17, 341. Der auf die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs sich beschränkende Richter hat nicht bloß zu entscheiden, ob, sondern auch, inwieweit der erhobene Anspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist (GruchotsBeitr. 41, 185, **RG.** 62, 339); er darf, wenn er den Anspruch nur in bestimmten Grenzen dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtet, der Formel des Zwischenurteils eine entsprechende Einschränkung hinzufügen (**RG.** 13, 405; 62, 339). (Im gegebenen Falle hätte der Anspruch des Kl. nur soweit für gerechtfertigt erklärt werden sollen, als der Beklagten Teile des Erlöses für Grundstücke überwiesen waren, auf die sich ihr Auflassungsanspruch nicht bezog.)

6. Bedeutung des rechtskräftigen Zwischenurteils, Möglichkeit einer gänzlichen Abweisung der Klage im Verfahren über den Betrag des Anspruchs. **RG.** 23. 11. 16; 89, 117. Das Zwischenurteil stellt nur eine Entsch. über einen einzelnen Teil des Rechtsstreits dar, eine Entsch., die aus prozeßökonomischen Gründen in ähnlicher Weise wie das ZwUrteil des § 303 den Erlaß des Endurteils vorbereiten soll. Eine selbständige Bedeutung kommt ihm aber nicht zu. Dies ergibt sich schon daraus, daß trotz der Rechtskraft eines solchen ZwUrteils in dem weiteren Verfahren über die Höhe des Anspruchs die Klage durch Versäumnisurteil gänzlich abgewiesen werden kann. Ebenso ist eine gänzliche Abweisung dann geboten, wenn bei Schadensersatzprozessen, in denen der Anspruch dem Grunde nach durch rechtskräftiges ZwUrteil für gerechtfertigt erklärt war, in dem Verfahren über die Höhe des Anspruchs ermittelt wird, daß ein ziffernmäßig zu berechnender Schaden überhaupt nicht erwachsen ist. Die danach bestehende Einheitlichkeit des Verfahrens über Grund und Betrag (**RG.** 66, 12) muß deshalb zur Folge haben, daß auch in dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs die Prozeßvoraussetzungen jederzeit selbständig zu prüfen sind. Wird, wie im vorliegenden Falle, erst in dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs festgestellt, daß der Bekl. nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, und daß ihm überdies die Klage gar nicht zugestellt worden ist, so ist für ein weiteres Verfahren überhaupt kein Raum, so daß eine Zurückverweisung der Sache an die unteren Instanzen gegenstandslos sein würde.

7. Einwand der fehlenden Sachlegitimation im Nachverfahren. **RG.** 28. 9. 17, LeipzZ. 17, 1328. Im Nachverfahren über die Höhe eines dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärten Anspruchs ist der Einwand der fehlenden Sachlegitimation nur

unter den gleichen Voraussetzungen zuzulassen, unter denen die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. erhoben werden kann.

II. Besondere Fälle. 1. Grundurteil bei Befreiungsansprüchen. **RG.** 21. 9. 17, R. 17 Nr. 1855. Der Erlaß eines Urteils aus § 304 setzt nicht einen Anspruch voraus, der auf Zahlung einer Geldsumme oder auf Lieferung vertretbarer Sachen gerichtet ist. Ein derartiges Urteil ist mindestens dann zulässig, wenn der auf Befreiung von einer Geldschuld in Anspruch Genommene nicht nur die Höhe der Geldschuld, sondern zugleich den Umfang seiner Befreiungspflicht bestreitet.

2. Grundurteil im schiedsrichterl. Verfahren. München 14. 3. 17, R. 17 Nr. 1873. Das Schiedsgericht war durchaus berechtigt, die Entsch. über Grund und Betrag ähnlich wie nach § 304 zu trennen, gleichgültig, ob der Betrag bestritten war (**RG.** 69, 53). Das konnte den Vorteil haben, daß der dem Grunde nach verurteilte Bekl. es auf die ziffernmäßige Berechnung überhaupt nicht mehr ankommen ließ und schneller bezahlte.

3. Kein Zwischenurteil über den Grund „des eingeklagten Darlehns", wenn es sich um einzelne, nach Zahl und Höhe noch nicht feststehende Beträge handelt. **RG.** 2. 1. 17, R. 17 Nr. 437, WarnE. 17, 408. Der verbleibende Streit ist nicht sowohl ein solcher über die Höhe der Schuldsumme, als vielmehr zugleich ein solcher über die Anzahl der gegebenen Darlehen. Da aber zum Grund des Anspruchs aus Darlehn vor allem die Hingabe der Geldes gehört, ist sonach bezüglich keines der eingeklagten Beträge mit dem bisherigen bereits über den Grund entschieden (**RG.** 86, 308). Vgl. auch Posen 29. 3. 17, PosMSchr. 17, 23, wo es sich um einzelne Rechnungsposten handelte.

4. a) Unzulässigkeit eines den Anspruch feststellenden Grundurteils bei der negativen Feststellungsklage. Hamburg 17. 1. 17, HansGZ. 17 Bbl. 149. Die Klage enthält die Verneinung eines bestimmten Rechtsverhältnisses. Ihr kann stattgegeben oder sie kann abgewiesen werden. Es ist aber unmöglich, sie nur dem Grunde nach für berechtigt zu erklären. Das kann nur geschehen hinsichtlich der der Verneinung der Kl. gegenüberstehenden Behauptung des Rechtsverhältnisses seitens des Bekl. Dazu fehlt es aber an einer Handhabe, wenn nicht der Bekl. widerklagend Leistungs- oder positive Feststellungsklage erhoben hat. (Das trotzdem aus § 304 erlassene Urteil wurde aufgehoben und die Sache gemäß § 539 zurückverwiesen, eine Entsch. darüber, ob das Urteil als Zwischenurteil gemäß § 303 aufrecht zu erhalten, nach Lage des Falls nicht für angemessen erachtet.)

Vgl. Dresden 26. 10. 16, SeuffA. 72, 168: Keine Vorabentscheidung über den Grund eines Feststellungsanspruchs, da der Feststellungsantrag nicht einen Streit über einen Betrag betrifft (**RG.** 21, 382).

b) Voraussetzung für das Grundurteil über einen Widerklageanspruch. aa) Kiel 18. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 93. Ein den Anspruch dem Grunde nach bejahendes Urteil darf nach der feststehenden Rechtspr. des RG. nur erlassen werden, wenn mindestens als wahrscheinlich anzunehmen ist, daß der Anspruch in gewisser Höhe jedenfalls begründet ist. Wollte das LG. den Widerklageanspruch dem Grunde nach für berechtigt erklären, so mußte es als dargetan erachten, daß der Schadensersatzanspruch des Bekl. sowohl die Klageforderung als auch die weiteren der Kl. noch zustehenden Ansprüche, mit denen aufgerechnet war, noch übersteigen werde, wenn auch nur um einen geringen Betrag.

bb) **RG.** 1. 5. 17, JW. 17, 814. Wie das RG. in ständiger Rechtspr. anerkannt hat, darf ein Urteil nach § 304 nur erlassen werden, wenn der gegenüber dem Klageanspruch erhobene Einwand der Erfüllung, der Aufrechnung oder einer anderen Art der Tilgung erledigt ist, und zwar gilt das auch dann, wenn der Einwand, falls er begründet ist, den Klageanspruch nur teilweise beseitigt (**RG.** 7. 7. 16, LeipzZ. 16, 1296, WarnE. 16, 355).

Vgl. **RG.** 13. 3. 17; 90, 23, HansGZ. 17 Bbl. 263, JW. 17, 546, R. 17 Nr. 883. Über den Grund einer zur Aufrechnung gestellten Forderung kann ein Zwischenurteil nach § 304 nicht ergehen (**RG.** 12, 363; 49, 338).

cc) Braunschweig 19. 12. 16, BraunschwZ. 64, 42, OLG. 35, 169. Eingeklagt waren

500 M., zur Aufrechnung gestellt eine Ersatzforderung von 2360 M., indem der überschießende Teil widerklagend gefordert wurde. Das LG. hatte die Ersatzforderung für begründet erklärt; es sei wahrscheinlich, daß sie die Klageforderung übersteige. — Die Gegenforderung bildete, soweit sie zur Aufrechnung gestellt ist, nur ein selbständiges Verteidigungsmittel. Ein solches kann nur nach § 303 erledigt werden und auch das nur, wenn es in vollem Umfang, also die Gegenforderung nach Grund und Höhe entscheidungsreif ist (**RG.** 49, 338, JW. 11, 458). — Es wäre denkbar und zulässig gewesen, die Klage abzuweisen und den Widerklageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären, oder durch Zwischenurteil nach § 303 den „Einwand der Aufrechnung in voller Höhe für begründet" und zugleich durch ein Zwischenurteil nach § 304 den Widerklageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Das LG. hat jedoch zu der Frage der Höhe überhaupt noch nicht endgültig Stellung genommen. War dies der Fall, dann war ein Zwischenurteil überhaupt unzulässig (JW. 13, 750).

III. Fortbildung des Gesetzes. Fuchs 33 verteidigt gegen v. Harder JW. 16, 1577 die Zulässigkeit eines Vorbehaltsurteils sowohl für den Fall des Düsseldorfer Urteils (JW. 16, 686), als auch wenn die Vernehmung eines Zeugen durch Vermißtsein, Kriegsgefangenschaft usw. behindert wird. Die Erstreckung einer etwa nach § 356 ZPO. für die Beseitigung des Hindernisses gesetzten Frist „bis nach dem Krieg" käme auf eine Aussetzung hinaus und würde die berechtigten Interessen des klagenden Teils verletzen. Vgl. JDR. 15, 7.

Vorbemerkungen zu §§ 306, 307.

Rechtliche Natur des prozessualen Verzichts und Anerkenntnisses. Grabner 67 bekämpft die Lehre von dem sog. „Mischcharakter". Auszugehen ist davon, daß der Prozeß nicht dazu bestimmt ist, privatrechtl. Rechtsgeschäfte zu ermöglichen und daß jede Handlung und jede Erklärung im Prozeß auf den Prozeßzweck, die Entscheidung des Rechtsstreits, bezogen und schließlich durch ihn erklärt werden muß. — Mit dem prozessualen Verzicht will der Kl. nur sagen, er sehe nach dem Verlaufe, den der Prozeß genommen habe, die weitere Rechtsverfolgung für aussichtslos an und habe deshalb gegen die Abweisung seiner Klage nichts einzuwenden. Das ist etwas ganz anderes als ein privatrechtl. Verzicht, etwas nur durch den Prozeß Hervorgerufenes: das Urteil der Partei über die eigenen Prozeßaussichten. — Das Anerkenntnis nach § 307 ist umgekehrt die Erklärung des Bekl., daß die Rechtsverteidigung aussichtslos sei usw. Bei ihm fehlt namentlich der dem Anerkenntnisvertrage nach § 781 BGB. wesentliche Wille, sich zu verpflichten. Zu einer weiteren Verpflichtung liegt gar kein Grund vor, da die Verurteilung des Bekl. schon unmittelbar vor der Tür steht. Darin liegt der Hauptunterschied zwischen materiellem und prozessualem Anerkenntnis, deshalb können beide nicht dasselbe sein und niemals in einem Vorgange zusammen auftreten.

§ 306.

Anwendung auf die RevInstanz und Ehescheidungssachen. **RG.** 11. 10. 16, JW. 17, 44, R. 17 Nr. 871, WarnE. 17, 92. Die Vorschrift gilt, da sich Abweichungen aus den Bestimmungen über die Rev. nicht ergeben, nach dem § 557 ZPO. auch für die Rev.-Instanz, und sie gilt mangels entgegenstehender Bestimmungen auch für Ehescheidungssachen. Ihrer Anwendung steht ferner weder die rechtl. Natur des Scheidungsanspruchs noch der vom RG. wiederholt ausgesprochene Rechtsgrundsatz entgegen, daß eine Ehescheidung nur in Verbindung mit der unbedingten Entsch. aller anderen Streitpunkte ausgesprochen werden dürfe.

§ 307.

1. Zeitpunkt der Stellung des Antrages. **RG.** 2. 5. 17; 90, 186, JW. 17, 720, R. 17 Nr. 1463, 1464. Aus den Worten „bei der mündlichen Verhandlung ist nicht zu folgern, daß das Anerkenntnis in der letzten mündl. Verhandlung, auf welche die Ent-

scheidung ergeht, abgegeben sein muß. Vielmehr bedeuten die Worte nur, daß der geltend gemachte Anspruch überhaupt in einer mündl. Verhandlung anerkannt sein muß, daß also ein Anerkenntnis außerhalb einer mündlichen Verhandlung zur Erlassung eines Anerkenntnisurteils nicht genügt. (Unter Aufgabe von JW. 88, 328 und Hinweis auf **RG.** 44, 349, JW. 94, 314.) Der Kl. kann daher grundsätzlich auch in einer späteren mündlichen Verhandlung noch den Antrag stellen, den Beklagten gemäß dem von ihm in einer früheren mündlichen Verhandlung abgegebenen Anerkenntnis zu verurteilen.

2. Verfahren, wenn Anerkenntnisurteil nicht beantragt ist. Dresden 9. 11. 16, OLG. 35, 166, SächsOLG. 38, 207. Da die Verurteilung auf Grund des Anerkenntnisses nicht beantragt war, durfte über diesen Teil in der Hauptsache kein Urteil ergehen. Wenn gleichwohl das LG. hierüber durch kontradiktorisches Urteil entschied und dabei das protokollierte Anerkenntnis gänzlich unberücksichtigt ließ, so liegt hierin ein Verfahrensmangel, der wesentlich ist, weil er den Bekl. mindestens im Kostenpunkt beschwert. Vgl. JDR. 15, 2.

3. Anfechtbarkeit eines Anerkenntnisses. a) Hamburg 8. 5. 17, HansGZ. 17 Bbl. 212, JW. 17, 820, OLG. 35, 71, SeuffA. 72, 229, R. 17 Nr. 1297. In prozessualer Hinsicht ist die Erklärung, der Klaganspruch werde anerkannt, eine einseitige Willenshandlung, die dem Gericht gegenüber abgegeben wird, wenn auch im Rahmen der mündl. Verhandlung. Sie ist demgemäß nicht an die Anwesenheit des Gegners gebunden. Sie bedarf nicht seiner Annahme, andererseits bindet sie den Erklärenden mit ihrer Abgabe. Ein lediglich in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärtes Anerkenntnis hat ausschließlich materiellrechtliche Bedeutung und kann mangels Annahme durch den Gegner und demzufolge mangels Zustandekommens eines Anerkenntnisvertrages nur als Beweismittel von Erheblichkeit sein. Das prozessuale Anerkenntnis hat aber zugleich auch eine materiellrechtl. Bedeutung wegen seiner Bezugnahme auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und wegen seiner konstitutiven Wirkung. Geht man von dieser Auffassung aus, so ergibt sich, daß die Anfechtung des prozessualen Anerkenntnisses auf Grund der Vorschriften des BGB. für zulässig erachtet werden muß (Stein, 10. Aufl. zu § 307, SeuffA. 47, 346, OLG. 18, 57). Dagegen Mendelssohn-Bartholdy, JW. 17, 820 Anm. 4.

b) Karlsruhe 23. 5. 17, BadRpr. 17, 102. Das Anerkenntnis i. S. des § 307 ist nicht bloß Rechtsgeschäft prozessualer Natur, Prozeßhandlung, sondern als privatrechtl. Willenserklärung zugleich auch Verfügungsgeschäft über den Gegenstand des Rechtsstreits, also privatrechtliches Rechtsgeschäft materieller Art und unterliegt daher als solches zwar nicht dem freien einseitigen Widerruf der anerkennenden Partei, auch wenn die Voraussetzungen des § 290 ZPO. für den Widerruf eines Tatsachengeständnisses gegeben sind, wohl aber ebenso wie der Aufhebung durch beiderseitige Parteivereinbarung auch der Anfechtung aus denselben Gründen, aus denen auch das außergerichtl. Anerkenntnis als Dispositionsakt angefochten werden kann, also wegen Zwangs, arglistiger Täuschung und Irrtums i. S. des § 119 BGB. (Vgl. Karlsruhe 10. 5. 02, BadRpr. 02, 301.)

4. Keine Anwendung auf den Verweisungsantrag. (§ 27 EntlVO.). Stuttgart 22. 2. 17, R. 17 Nr. 917. (Das LG. hatte wegen örtl. Unzuständigkeit durch Urteil v. 11. 7. 16 abgewiesen, das OLG. aufgehoben und zurückverwiesen, weil sich das LG. durch Beschluß hätte für unzuständig erklären und den Rechtsstreit an das zuständige LG. verweisen sollen. Im neuen Termine beantragte die Kl. Verweisung an das zust. LG. und Verurteilung des Bekl. in die seit dem 11. 7. 16 entstandenen Kosten. Die Bekl. erkannte dies an. Auf Antrag der Kl. erklärte sich das LG. wiederum durch Urteil für unzuständig, verwies den Rechtsstreit an das zust. LG. und legte die seit dem 11. 7. 16 erwachsenen Kosten der Bekl. auf. OLG. hob wieder auf.) Das LG. hätte sich durch Beschluß für unzuständig erklären und den Rechtsstreit an das zust. LG. verweisen sollen. Das gerichtl. Anerkenntnis des § 307 hat nicht einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel materieller oder gar prozessualer Natur zum Gegenstand, sondern den geltend gemachten Sachanspruch. Der Antrag der Kl. enthielt keinen Sachantrag. Ein Anerkenntnis über

prozessuale Anordnungen gibt es nicht. Das Anerkenntnis hinsichtlich der Kosten war nur als Folge des vermeintlich möglichen Anerkenntnisses in der Hauptsache abgegeben und wurde mit diesem hinfällig.

§ 308.

Andere Berechnung einer Schadenssumme. **RG.** 19. 4. 17, R. 17 Nr. 1111. Wenn das Gericht bei der Festsetzung des Schadens andere Rechnungsfaktoren einsetzt (die vorliegend der Kl. durch den Vortrag der Beweisaufnahme sich zu eigen gemacht hatte), so ist dies prozeßrechtlich nicht unzulässig, sofern nur die Endsumme, der Schadensersatz, zu dem der Bekl. verurteilt wird, nicht die geforderte Summe übersteigt.

§ 313.

1. Ziff. 2. Unwirksamkeit der Urteilszustellung, wenn im Eingangsvermerk andere Richter aufgeführt sind, als diejenigen, die das Urteil tatsächlich erlassen und unterschrieben haben. **RG.** 24. 4. 17; 90, 173, JW. 17, 66, 2, R. 17 Nr. 1112, 1113. § 313 Nr. 2 ZPO. steht mit § 315 a. a. O. derart in untrennbarem Zusammenhange, daß ein Urteil nur dann i. S. des letzteren als unterschrieben gelten kann, wenn der Eingangsvermerk und die Unterschriften sich decken. Solange das nicht zutrifft, darf nach § 317 Abs. 2 ZPO. eine Urteilsausfertigung nicht erteilt werden. Geschieht es doch, so ist sie einer wirksamen Zustellung nicht fähig, weil die Parteien auf die Befolgung der im öffentl. Interesse gegebenen Vorschriften der §§ 313 Nr. 2, 315, 317 Abs. 2 a. a. O. nicht verzichten können. (In GruchotsBeitr. 46, 1078 und JW. 03, 383 war der Eingangsvermerk objektiv richtig, dagegen eine Unterschrift von seiten eines an der Urteilsfällung nicht beteiligten Richters geleistet worden. RG. hebt hervor, daß beide Fälle sachlich gleich zu beurteilen sind.) Vgl. auch zu § 166 ZPO.

2. Ziff. 3. Darstellung des Sachverhalts. a) Fränkel 161. Es wäre ein Rückschlag in die Kindheitsstufe der Geschichte, wollte sich der Jurist bei der Darstellung seiner historischen Untersuchung mit der rein chronologischen Erzählung begnügen, wie es anscheinend Wildhagen fordert. (Vgl. hierzu Levin, BuschsZ. 45, 598.) Der Jurist, insbesondere auch der RA., soll nicht das Rohmaterial, sondern die Summe seiner Erkenntnisse in möglichst anschaulicher Form zum Ausdruck bringen. Er hat daher den Stoff so anzuordnen, daß er in seiner Bedeutung klar erkennbar wird. In diesem Sinne ist es daher durchaus zutreffend, wenn die Rechtslehre anspruchbegründende, -hindernde, -zerstörende Tatsachen, Einreden, Dupliken u. dgl. unterscheidet, und wenn sie dem Kl. zumutet, diejenigen Tatsachen vorzubringen, die den Anspruch begründen, während sie dem Bekl. die Geltendmachung der rechtshindernden und -zerstörenden Tatsachen sowie der Einreden im materiellen Sinne überläßt.

b) Beißer 193 bespricht die Fassung des, dem § 313 Ziff. 3 ZPO. entsprechenden, von § 417 öst. PrO. geforderten Urteilstatbestandes im Unterschiede von dem nach der österr. Gerichtsordnung üblichen Aktenauszuge. Empfohlen werden: die einfache Geschichtserzählung (die zeitliche Ordnung der Darstellung, bei umfassendem Sachverhalte und bei erheblichen Abweichungen der Parteien unter Vorausschickung des übereinstimmenden Sachverhalts); maßvolle Wiedergabe der Beweisurkunden, insbesondere des kaufmännischen Briefwechsels, dessen außergewöhnliche Bedeutung für die Entscheidung hervorgehoben wird → vgl. Levin, Richterliche Prozeßleitung 1913, 136—139 ←; Beschränkung der Parteianträge, besonders jener, die eine kurze Fassung ausschließen, auf den Urteilsspruch; die Aufnahme des bestimmenden Klagebegehrens in die Urteilsformel.

c) Keine Anwendung der Ziff. 3 auf das verwaltungsrichterl. Verfahren. BayVGH. 5. 5. 17, R. 17, 424. Bei der Darstellung des Tatbestandes kann sich der Verwaltungsrichter abweichend von § 313 Ziff. 3 auf die Feststellung jener Tatsache beschränken, die nach seinem Dafürhalten ausschlaggebend sind.

3. Ziff. 5. Arend, DJZ. 17, 743 gegen den Gebrauch des Wortes „Tenor“ für Urteilsformel.

§ 319.

1. Zum Begriff der offenbaren Unrichtigkeit. a) **RG.** 15. 5. 17; 90, 228. (Das OLG. hatte bei der Urteilsfällung zuungunsten des Kl. angenommen, daß die Sachverständigen nur ein Fünftel des Holzes untersucht und nur den Minderwert dieses einen Fünftel auf 433,28 M. geschätzt hätten, während das zugrunde gelegte Gutachten ergab, daß sie das ganze Holz untersucht und den gesamten Holzminderwert auf diesen Betrag geschätz thatten. Nach Entdeckung des Versehens wurden Sach- und Kostenentscheidung entsprechend berichtigt. RG. hat die Anwendung des § 319 unter Hinweis auf 23, 399 gebilligt.) Insbesondere ist richtig, daß „Rechnungsfehler" meist auch Denkfehler sind, daß sich also eine verläßliche Unterscheidung zwischen Rechenfehlern und rein mechanischen Versehen einerseits und materiellem Irrtum andererseits nicht durchführen läßt.

b) Naumburg 26. 1. 17, NaumburgAK. 17, 11. Gemäß § 319 können nur solche Mängel des Urteils berichtigt werden, die mit dem Inhalt der Entscheidungsgründe in Widerspruch stehen und dergestalt erkennbar sind, daß aus dem Zusammenhalt von Urteilssatz und Urteilsgründen sowohl die Existenz des unterlaufenen Versehens als auch das vom Richter beim Erlaß des Urteils wirklich Gewollte sich mit Gewißheit ergibt.

2. Rechtsmittel gegen die Berichtigung der Parteibezeichnung im Vergleichsprotokoll eines beauftragten Richters. Karlsruhe 16. 2. 16, BadRpr. 17, 73. (Einfache Beschwerde an das Prozeßgericht.)

3. BayObLG. 13. 7. 17, BayObLG. 18, 146. Richtigstellung und Ergänzung eines Schiedsanspruchs durch einen nachträglich gefaßten „Beschluß" des Schiedsgerichts.

§ 320.

1. Keine Bindung an den Berichtigungsantrag. Unterzeichnung des Berichtigungsbeschlusses. **RG.** 20. 9. 17, R. 17 Nr. 2058, 2059. a) Die Rev. beanstandet mit Unrecht, die Berichtigung weise einen Zusatz auf, den der Antrag nicht enthalte. Denn es ist selbstverständlich, daß das Gericht, wenn es zu einer Berichtigung gelangt, den Tatbestand nunmehr so faßt, wie der Hergang nach seiner Erinnerung war. b) Über die Berichtigung können nur die Richter beschließen, die an der mündl. Verhandlung teilgenommen haben, auf die das Urteil ergangen ist. Die Verhinderten scheiden aus; daß der Grund der Behinderung offenbar gemacht werde, ist nicht vorgeschrieben und nicht erforderlich.

2. Keine rechtsähnliche Anwendung des Berichtigungsverfahrens nach § 320 ZPO. im Verwaltungsstreitverfahren. BadVerwGH. 2. 2. 17, BadRpr. 17, 166.

§ 322.

I. Wirkung des Urteils im allgemeinen. 1. Krückmann 47, 371 sucht nachzuweisen, daß sowohl die materiellrechtl. (Pagenstecher, Kohler) als die prozessuale (Stein, Hellwig) Theorie unhaltbar seien. Erörtert werden zunächst die aus §§ 68, 325 ZPO. und § 144 Abs. 1 KO. gegen die materiellrechtl. Lehre erhobenen Einwände, die als nicht stichhaltig bezeichnet werden (372—384); sodann die wichtigsten Gründe für die Stein-Hellwigsche Lehre (384—396). Hervorgehoben wird u. a. (393): „Ganz eigenartig ist, daß nur die unrichtigen Urteile materiellrechtl. Wirkung haben würden, diese bei den richtigen gar keine Gelegenheit zur Anwendung hätte. Materiellrechtl. Wirkungen müßten doch der normale Ausdruck der normalen Wirkung sein, wenn damit das Wesen der Urteilswirkung wiedergegeben werden sollte, aber gerade das normale Urteil weist das eigentliche Merkmal nicht auf oder bedarf seiner wenigstens nicht. Die materiellrechtl. Theorie wäre also die Lehre von den Wirkungen des unrichtigen Urteils. Dies wird noch befremdender durch die Erwägung, daß Partei und Richter gerade in den Fällen, in denen es ihnen an rechtl. Befugnissen fehlt, durch den Urteilsspruch die weitgehendsten Wirkungen erzielen könnten, während es doch umgekehrt sein müßte." — Jedes Urteil, richtiges, wie unrichtiges, gewährt dem siegreichen Kl. eine bis dahin

fehlende rechtl. Ausübungsmöglichkeit. Jedes abweisende Urteil, richtiges wie unrichtiges, nimmt dem abgewiesenen Kl. die rechtl. Ausübungsmöglichkeit für einen bestimmten Rechtsinhalt, mag dieser nun einem außerprozessualen Rechte entsprechen oder nicht (Ausübungsmöglichkeit = rechtlich anerkannter Rechtsbesitz) 48, 1ff. — Es wird gezeigt, daß nur diese Ausübungsmöglichkeit über die Schwierigkeiten hinweghilft, wenn ein unrichtiges Urteil gegen zwingende Bestimmungen des BGB. verstößt, daß bei der Beschränkung der materiellrechtl. Wirkungen auf den Rechtsbesitz anstößige und unnötige Mehrwirkungen entfallen. Bei Haupt- wie Nebenwirkungen des Urteils handelt es sich immer um dieselbe materielle Rechtskraftwirkung (8—21, Kritik der Kuttnerschen Lehre. Jellinek 25, Pagenstecher 33—48). — Die Vorzüge der Lehre vom Rechtsbesitze (Legitimationstheorie) werden näher entwickelt und Einzelfälle besprochen (49—104).

2. Über deklarative und konstitutive Entscheidungen Schanze 361. a) Der Feststellungsinhalt der konstitutiven Entscheidung. Das Gestaltungsurteil des Zivilprozesses hat zwei Funktionen. Formell liegt wohl nur ein Ausspruch vor, materiell enthält dieser jedoch einmal die Feststellung des Rechts des Kl. auf Rechtsänderung, sodann die Verwirklichung dieses Rechts. Der feststellende Inhalt des konstitutiven Urteils ist zu unterscheiden von der Herbeiführung der Rechtsänderung, die mit der formellen Rechtskraft eintritt. Deutlich wird die Feststellung im Falle der Klageabweisung, diese ist bloßes Feststellungsurteil, sie verneint das Recht des Kl. auf Rechtsänderung (364).

b) Zu unterscheiden ist bei der konstitutiven Wirkung der Feststellung die Rechtskraftwirkung und die Tatbestandswirkung. — Eine konstitutive Entscheidung im eigentlichen Sinne eines Gestaltungsaktes liegt nur dann vor, wenn die konstitutive Wirkung den Inhalt der konkreten Entscheidung bildet, wenn in jedem Einzelfalle die konstitutive Wirkung auf den Willen der entscheidenden Behörde zurückzuführen ist. Letzteres trifft bei der materiellen Rechtskraft nicht zu. Das der Rechtskraft fähige Urteil enthält gar keine Willenserklärung, sondern lediglich eine Wissenserklärung des Gerichts, (370).

c) Konstitutive Entscheidungen und Feststellungen mit Tatbestandswirkung, 412. Eine Veränderung des bisherigen Rechtszustandes kann nicht bloß durch eine konstitutive Entsch. ex voluntate iudicis, sondern auch in Anknüpfung an eine Feststellung unmittelbar ex voluntate legis herbeigeführt werden. Dort gehört die Veränderung zum Inhalte der Entscheidung, hier nur zur Wirkung derselben. — Die Gestaltungswirkung des konstitutiven Zivilurteils unterscheidet sich von der materiellen Rechtskraft in dreifacher Hinsicht. Die Rechtskraftwirkung ist publizistischer Natur, wirkt regelmäßig nur inter partes und beruht unmittelbar auf der Rechtswirkung. Die Gestaltungswirkung liegt auf privatrechtl. Gebiete, wirkt notwendig inter omnes und wird durch den Willen des Richters herbeigeführt. Die konstitutive Entsch. als solche hat mit der materiellen Rechtskraft nichts zu tun (417).

3. Insbesondere die Rechtskraft bei Eigentumsklagen. Oertmann 17. § 322 verwirft die Rechtskraft der Entscheidungsgründe. Aber doch offenbar nur die Rechtskraft derjenigen Erwägungen, aus denen der Richter im Einzelfalle, mehr oder minder zufällig, sein Ergebnis gewonnen hat, nicht auch derjenigen, die mit logischer Notwendigkeit, in abstracto, mit der Entsch. zusammenhängen, einen mittelbaren Bestandteil ihrer selbst bilden. Nun gibt es keine Herausgabepflicht an sich, sondern nur eine Herausgabepflicht aus diesem oder jenem besonderen Rechtsgrunde; also ist in der Verurteilung zur Herausgabe über diesen Rechtsgrund mittelbar mitentschieden, sein Vorhandensein rechtskräftig festgestellt. — Ausgeführt wird (gegen Fischer, Hölder und Kohler), daß jene mittelbare Feststellung nicht das Eigentum als solches, als absolutes oder abstraktes Recht, sondern nur den relativen, konkreten Eigentumsanspruch betrifft.

4. Einwand der Arglist gegen ein rechtskräftiges Urteil. a) LG. Darmstadt 5. 3. 17, LeipzZ. 17, 831. Der Kl. verklagte seinen Sohn auf Zahlung einer Kauf-

preisforderung, der Bekl. rechnete mit einer Forderung auf, für die er im Jahre 1896 ein rechtskräftiges Versäumnisurteil auf Grund eines Scheinprozesses zu dem Zwecke erwirkt hatte, um die Möbel des Vaters zu pfänden und dem Zugriffe der Gläubiger desselben zu entziehen. LG. stellt tatsächlich fest, daß die Parteien nachträglich vereinbart hatten, von dem Urteil keinen Gebrauch zu machen, und tritt im übrigen **RG.** 46, 79; 61, 362 und 75, 214 bei, daß die Wirkung der Rechtskraft nicht gelten kann, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts aufzudrücken. Vgl. zu der bekannten Streitfrage

b) Bartolomäus 46. Sobald ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, erfordern es Hauptgrundsätze der Rechtsordnung, daß es so lange zu beachten sei, bis es gesetzmäßig aufgehoben ist. Man müßte daher die Wiederaufnahme des Verfahrens aus dem Grunde der Täuschung des Gerichts einführen. Solange dies nicht geschieht, kann gegen den Ersatzanspruch aus einem so bewirkten Urteil angeführt werden, daß das Ges. ihn nicht gewollt hat, weil es die Aufhebung solcher Urteile nicht kennt und diese doch auch in der Nichtbeachtung liegt. Vgl. JDR. 15 III.

5. Auslegung der Urteilsformel. **RG.** 28. 10. 16, R. 17 Nr. 75. Jede Urteilsformel ist der Auslegung fähig. Träger der Rechtskraft ist nicht ihr Wortlaut allein, sondern ihr aus den Entscheidungsgründen sich ergebender materieller Inhalt.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. Verhältnis der Rechtskraft zu § 253 Nr. 2. Kiel 2. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 49. Die prozessuale Vorschrift der sog. materiellen Rechtskraft, aus der sich die bindende Kraft der urteilsgemäßen Festsetzung ergibt, beruht auf Gründen des öffentl. Interesses; sie bezweckt vor allem eine Sicherung des Rechtsfriedens und eine Festigung des Ansehens der Gerichte und ihrer als Staatsakt sich darstellenden Erkenntnisse. Naturgemäß beschränkt sich dies auf den Ausspruch des Gerichts, soweit er über das Bestehen oder Nichtbestehen des den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Anspruchs ergeht. Ferner wird dem Kl. dadurch, daß er sein Klagbegehren dem Gegenstande wie dem Grunde nach genau anzugeben hat, die Behauptungspflicht auferlegt und hierdurch für den Bekl. festgestellt, um welchen Anspruch es sich handelt, und ihm die Möglichkeit gegeben, sich in sachgemäßer, den Prozeßgegenstand inhaltlich treffender Weise zu erklären und gegenüber demjenigen, was zur Begründung der verlangten Leistung oder Feststellung vorgebracht wird, seine Rechte zu wahren. (Es wird näher ausgeführt, mit der in Rechtspr. und Schrifttum herrsch. Meinung sei davon auszugehen, daß es der Anführung der tatsächl. Momente, aus denen das Entstehen des Verpflichtungsgrundes vom Kl. gefolgert werde, zur Bestimmung des Klagegrundes bedürfe. Daher reiche die Behauptung, daß eine unerlaubte Handlung den Schadensersatzanspruch begründe, nicht aus, sondern es sei durch Angabe bestimmter Tatsachen näher darzulegen, worauf die Verbindlichkeit zum Schadensersatz gegründet werde. Im ersten Prozeß war der Schadensersatzanspruch auf das Verschulden der Schiffsbesatzung gestützt worden, die einen Fährprahm vor dem Passieren des beschädigten Schiffes vom Ufer abgelegt habe, im zweiten auf unsachgemäße Herstellung des Prahms durch die Organe des Reichs. Die Einrede der Rechtskraft wurde verworfen.)

2. Rechtskräftige Abweisung des Klageanspruchs, der im zweiten Prozeß als Bereicherung auf denselben Tatbestand gestützt wird. Rostock 22. 12. 16, MecklZ. 35, 289, OLG. 35, 78. Nach herrschender Ansicht besteht bei einem Vertrags- und einem Bereicherungsanspruch eine Verschiedenheit des Anspruchsgrundes. Dies trifft aber nur dann zu, wenn die beiden Ansprüche sich auf verschiedene Tatbestände stützen, besonders wenn für den Vertragsanspruch die Gültigkeit, für den Bereicherungsanspruch die Ungültigkeit des Vertrags geltend gemacht ist. — Ebenso, wie eine Klageänderung nicht vorliegt, wenn der Kl. unter Beibehaltung des ursprünglichen Antrags und der Klagebehauptungen seinen Antrag nicht mehr auf die in der Klage genannten, sondern auf andere gesetzliche Bestimmungen stützt, greift die Berufung auf die Rechtskraft durch, wenn zur Begründung der auf denselben Tatbestand gestützten Klage rechtliche

Gesichtspunkte herangezogen werden, die im früheren Urteil nicht berücksichtigt sind. Aufgehoben durch **RG.** 16. 5. 17, BayRpflZ. 17, 249, LeipzZ. 17, 1357, R. 17 Nr. 1679, WarnE. 17, 342. Geklagt war im ersten Prozeß auf Zahlung des Wertes einer Hyp. mit der Begr., Kl. habe auf Grund Vertrages mit dem Bekl. die Hyp. an einen Dritten abgetreten und sei vom Vertrage zurückgetreten, weil die vom Bekl. versprochene Gegenleistung unmöglich geworden sei. Nach rechtskräftiger Abweisung begehrte er Zahlung derselben Summe mit der Begründung, daß der Bekl. durch die Abtretung der Hyp. an jenen Dritten diesem gegenüber von einer Verbindlichkeit befreit worden und infolgedessen auf Kosten des Kl. ohne rechtlichen Grund bereichert sei. RG. hat Verschiedenheit des Klagegrundes angenommen und den Einwand der Rechtskraft verworfen.

3. Rechtskraft der geltendgemachten Schadensberechnung. Hamburg 20. 6. 17, SeuffA. 72, 341. Wenn ein Gläubiger bei Geltendmachung des ihm aus dem Unterbleiben der Lieferung erwachsenen Schadens von den beiden ihm zur Verfügung stehenden Berechnungsarten (der konkreten und der abstrakten Berechnung) die ihm zusagende auswählt, so erwächst nur der in den Prozeß gezogene Anspruch in der von ihm beantragten Höhe in Rechtskraft.

4. Umfang der Rechtskraft einer Feststellungsklage. Aufrechnungseinwand. a) **RG.** 10. 10. 16, BayRpflZ. 17, 50, GruchotsBeitr. 61, 330, JW. 17, 106, LeipzZ. 17, 122. Die Zulassung eines Aufrechnungseinwandes, der schon im Feststellungsstreit vorgebracht werden konnte, in dem Streit über die nachfolgende Leistungsklage ist mit dem Grundsatz der Rechtskraft unvereinbar, der es verbietet, daß das rechtskräftig Anerkannte durch eine Rechtsverteidigung wieder in Frage gestellt wird, die bis zum Schlusse der dem Urteil vorausgehenden mündl. Verhandlung geltend gemacht werden konnte. — Das RG. hat bereits anerkannt, daß ein Feststellungsurteil die dem Klageanspruch entgegenstehenden Einwendungen, welche bis zum Schluß der letzten vor dem Urteil liegenden Verhandlung geltend gemacht werden konnten, aber nicht geltend gemacht sind, ebenso wirkungslos macht wie ein nach § 304 erlassenes Zwischenurteil, JW. 94, 120; 07, 54. (Aus der Entsch. ergibt sich, wie Heilberg, JW. 17, 106 Anm. 8 hervorhebt, für den Anwalt der wichtige Fingerzweig, gegenüber einem Feststellungsverlangen oder dem Verlangen auf Schadensersatz vorbehaltlich der Feststellung des Betrages alsbald zu erforschen, ob aufzurechnende Gegenforderungen geltend gemacht werden können.) Vgl. auch b β.

b) Insbesondere Rechtskraftwirkung des auf eine negative Feststellungsklage ergangenen Urteils. α. Kiel 8. 7. 16, SchlHolstAnz. 17, 46. Die Rechtskraftwirkung der Abweisung einer negativen Feststellungsklage wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß damals nicht die jetzt klagende off. HG. als Bekl. auftrat, vielmehr ihre Gesellschafter verklagt waren. (Materielle Partei war im gegebenen Falle außerdem die Reederei gewesen, die auch materiellrechtlich hinter der neuen Klage stand, und die Korrespondenzreeder, die damals als Gesellschafter verklagt waren und jetzt als Ges. klagen, haben beide eine Art Bevollmächtigtenstellung.)

β. Hamburg 23. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 167, OLG. 35, 77. Wenn eine negative Feststellungsklage als sachlich unbegründet, nicht wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen oder wegen mangelnden rechtl. Interesses, abgewiesen wird, so wirkt dies als Feststellung des vom Kl. verneinten Rechtsverhältnisses und des vom Bekl. beanspruchten Rechts. Bei jener Klage müssen alle zu ihrer Begr. dienenden Angriffe gegen den bekämpften Anspruch vorgebracht werden, wenn sie nicht bei Unzulänglichkeit des wirklich Vorgebrachten durch den Eintritt der Rechtskraft vernichtet sein sollen (**RG.** 78, 396; 72, 145).

5. Rechtskraftwirkung einer negativen Feststellungswiderklage. **RG.** 24. 5. 17; 90, 290, JW. 17, 853. Für die Feststellung der Tragweite der Rechtskraft einer negativen FeststWiderklage ist im Zusammenhang mit der Urteilsformel die Begr. des abweisenden Urteils maßgebend. Ist ein Teilbetrag eines der Höhe nach ein für allemal festbestimmten, so z. B. durch Vertrag festgelegten Anspruchs, etwa eines Kaufpreises eingeklagt und der Klage die FeststWiderklage entgegengestellt, daß dem Kl. der Anspruch

überhaupt nicht zustehe, so bedeutet deren rechtskräftige Abweisung, daß nunmehr die ganze Forderung des Kl. festgestellt ist. Dasselbe kann aber nicht gelten für dem Betrage nach noch unbestimmte Mehransprüche, die der Kl. etwa in Zukunft noch erheben könnte, sei es, daß er sie sich in der Klage vorbehalten hat oder der Bekl. sonst Anlaß hat, sie zu erwarten. Hier bedeutet die Abweisung der negativen FeststWiderklage in dem dem Kl. günstigsten Fall, daß ihm ein weiterer Anspruch in irgendeiner Höhe noch zustehen mag. Es kann aber auch die Widerklage allein deshalb abgewiesen sein, weil dem Kl. eben der eingeklagte Teilanspruch zustehe und deshalb die Widerklage, daß ihm überhaupt ein Anspruch nicht zustehe, unbegründet sei (**RG.** 60, 390; 71, 436; 74, 122). Vgl. hierzu Heinsheimer, JW. 17, 853.

6. **RG.** 12. 1. 17, R. 17 Nr. 438. Die Abweisung einer Anfechtungsklage wegen Gläubigerbenachteiligung aus dem Grunde, weil das Rechtsgeschäft von vornherein nichtig sei, bildet keine rechtskräftige Feststellung dieser Nichtigkeit.

§ 323.

1. Zum Begriff der wesentlichen Änderung. a) **RG.** 19. 3. 17, JW. 17, 604, R. 17 Nr. 1299, SeuffA. 72, 311, WarnE. 17, 234. Das Ges. fordert eine wesentliche Änderung der maßgeblichen Verhältnisse, und ohne Rechtsirrtum konnte der Instanzrichter (unter den obwaltenden Umständen) eine Besserung des Gesundheitszustandes um $^1/_{12}$ (von ⅓ auf ¼ der Erwerbsfähigkeit) für eine unwesentliche erklären. — Der Vorderrichter sagt treffend, daß mit Schwankungen, wie sie hier nachzuweisen sind, bei Erlaß des Urteils gerechnet werden müsse. Nicht darauf kommt es an, ob die Verhältnisse, wie sie bei Erlaß des früheren Urteils tatsächlich lagen, sich geändert oder wesentlich geändert haben, sondern darauf, ob der Verlauf der Ereignisse ein anderer geworden ist, als der frühere Richter als möglich unterstellt und seiner Entscheidung mit zugrunde gelegt hat. (Abänderungsklage gegen eine Frau, die sich demnächst verheiratet hatte. Der auf die Verheiratung gestützte Grund wurde nicht anerkannt: Es läßt sich nicht allgemein der Satz aufstellen, daß die Erwerbsfähigkeit der Frau dadurch an wirtschaftl. Wert verliert, daß sie zur Ehe schreitet. Darüber kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der Lebensverhältnisse der Eheleute entschieden werden. (Wurde vorliegend verneint).)

b) Vgl. über die Unzulässigkeit der Verweisung auf § 323, wenn die Sachlage übersichtlich ist. **RG.** 14. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 805, R. 17 Nr. 1681, WarnE. 17, 394.

2. Keine Anwendung auf einstw. Vfg. Hamburg 2. 11. 16, OLG. 35, 80. Auf einen solchen Fall trifft der § 323 nicht zu; der Kläger war vielmehr auf den in den §§ 627 Abs. 4, 936, 927 vorgezeichneten Weg angewiesen.

3. Keine Anwendung des § 708 Ziff. 6 ZPO. auf Urteile auf Rentenermäßigung. Naumburg 22. 12. 16, NaumburgAK. 17, 19. Die Bestimmung besteht lediglich im Interesse des Unterhaltsberechtigten; sie soll diesem ermöglichen, den durch Urteil festgesetzten Urteilsanspruch sofort auch ohne Sicherheitsleistung zu vollstrecken, weil er der Rente zur Befriedigung der laufenden Lebensbedürfnisse bedarf. Die Anwendung dieser Bestimmung auf ein Urteil, welches einen schon bestehenden Unterhaltsanspruch aufhebt oder einschränkt, ist unzulässig.

4. **RG.** 8. 5. 16 und Colmar 13. 3. 16, JDR. 15, 2b u. 4, jetzt auch WarnE. 17, 36 u. ElsLothJZ. 17, 94.

§ 325.

Keine Bindung des nach der RVO. ergangenen Feststellungsbescheides im Verhältnis vom Verletzten und Ersatzpflichtigen. Hamburg 18. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 69, OLG. 35, 81, R. 17 Nr. 505. Gesetzlich ist die gemäß § 1543 RVO. eintretende Rechtskraftwirkung nur im Verhältnis zwischen dem Ersatzpflichtigen und Versicherungsträger ausgesprochen, während das Ges. die Frage der Bindung der Feststellungs-

bescheide im Verhältnis vom Verletzten und Ersatzpflichtigen offen läßt. Auch die nach §§ 1590, 1591 RVO. für den Verletzten eintretende Rechtskraftwirkung der Feststellungsbescheide erstreckt sich nur auf das Verhältnis zwischen Verletztem und der festsetzenden Berufsgenossenschaft. Eine aus § 325 zu folgernde erweiterte Rechtskraftwirkung ist ebenfalls nicht vorhanden, weil die bekl. Straßenbahngesellschaft als Ersatzpflichtige nicht Rechtsnachfolgerin der Berufsgenossenschaft ist, sondern regreßpflichtige Dritte und eine Rechtsnachfolge gemäß § 1542 RVO. nur im Verhältnis zwischen dem Verletzten und seiner Berufsgenossenschaft in Betracht kommen kann.

§ 328.

Neugestaltung des § 328 Nr. 2. Bacharach 701 schlägt vor, die Gesetzesbestimmung dahin neu zu gestalten, daß die Anerkennung des Urteils eines ausländ. Gerichts ausgeschlossen ist, „wenn der unterlegene Bekl. ein Deutscher ist und sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozeßgerichts nach den dem Urteil dieses Gerichts zu entnehmenden Feststellungen in einer dem deutschen Recht entsprechenden Art noch durch Gewährung deutscher Rechtshilfe zugestellt ist".

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§§ 330, 331.

Behandlung eines als „kontradiktorisch" bezeichneten Urteils als Versäumnisurteils. **RG.** 1. 5. 17, JW. 17, 769. Das BG. hatte, nachdem Nebenintervention in Verbindung mit Berufung eingelegt worden, beim Ausbleiben des Berufungskl. das Rechtsmittel auf Antrag des Gegners durch kontradiktorisches Urteil als unzulässig verworfen. Die hiergegen eingelegte Rev. wurde als unzulässig verworfen, da das Urteil, obwohl es vom BG. in den Gründen als „kontradiktorisches" bezeichnet worden, seinem Inhalte nach ein VU. sei. Es beruht auf der Versäumnis des Bekl. und der Nebenintervention, da es erging auf das einseitige, durch Urkunden nachgewiesene Vorbringen der allein erschienenen Kl. über die Zustellungen der Nebenintervention, unter Ausschließung jedes Vorbringens der Säumigen. (Unter Festhaltung an **RG.** 50, 388. Gebilligt von Kann, JW. 17, 769.) Vgl. JDR. 15 zu § 330 und Ziff. 3a zu § 618 ZPO.

§ 333.

Hamburg 18. 5. 17, OLG. 35, 81, R. 17 Nr. 1466. Eine Antragstellung ohne jegliche, auf den Gegenstand des Rechtsstreits selbst bezugnehmende Begründung ist keine Verhandlung i. S. der §§ 333, 345.

§ 340a.

Die Behandlung von Parteieinsprüchen und Parteiberufungen im Anwaltsprozeß (z. B. nach Entziehung des Armenrechts). Schiedermair, LeipzZ. 17, 655. Eine förml. Vorbescheidung ist schon deshalb geboten, weil der Gerichtsschreiber bei Erteilung des Rechtskraftzeugnisses über die Tatsache, daß ein rechtzeitig eingelaufener Einspruch vorliegt, wohl nicht hinweggehen und selbständig die Ordnungsmäßigkeit des Einspruchs kaum prüfen kann. Das Urteil, das den Einspruch als unzulässig verwirft, ist stets kontradiktorisches Urteil, auch wenn der Einspruchsführer in der mündl. Verhandlung von keinem RA. vertreten ist oder nicht erscheint. Der Vors. hat daher in jedem Falle nach § 340a Termin anzusetzen (nicht lediglich die Terminsbestimmung abzulehnen).

§ 344.

Versäumnisurteil trotz entgegenstehender Parteiabrede.

1. Cöln 5. 9. 15, BuschsZ. 46, 422. Eine Verletzung der formellen Gesetzesvorschriften kann jedenfalls nicht darin erblickt werden, daß die Bekl. mit der Kl. Aufhebung, bzw. Vertagung des Termins, in dem das Versäumnisurteil ergeht, vereinbart hatte.

Auf jeden Fall stellt die bloße Vereinbarung der Parteien so lange kein Hindernis für den Erlaß eines VersUrteils dar, als diese Vereinbarung dem erkennenden Gerichte nicht bekannt gemacht worden ist. → Dabei ist übersehen, daß die formelle Prozeßvorschrift des § 227 ZPO. verletzt worden ist. Ebenso Förster-Kann, vgl. Anm. 1 BuschsZ. 46, 422. ←

2. Karlsruhe 19. 10. 16, BadRpr. 17, 113. Die bloße Tatsache, daß der säumige Teil ausgeblieben ist, und daß die prozessualen Voraussetzungen für die Erlassung eines VU. vorlagen, begründet im allgemeinen seine Kostenpflicht. Eine Ausnahme muß aber dann gemacht werden, wenn der Gegner des Ausgebliebenen das VU. arglistig erschlichen oder auch nur grobfahrlässig gegen Treu und Glauben erwirkt hat. Es wäre ein unerträglicher Formalismus, wenn eine Partei, die im Vertrauen auf eine getroffene Vereinbarung im Termin nicht erschienen ist, zwar gegen das VU. Einspruch einlegen könnte, aber die Kosten des VU. auf sich nehmen müßte. (Das VU. war trotz eines außergerichtl. Vergleichs erwirkt worden. Das OLG. ließ die Entscheidung über die Kostenpflicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes im anhängigen Verfahren zu.)

§ 345.

KG. 4. 10. 17, KGBl. 17, 84. Für die Frage, ob gegen ein VU. ein Einspruch noch zulässig ist oder nicht, kommt es allein auf die Stellung an, die das Urteil nach dem Gange des Verfahrens einnimmt, nicht aber auf die Rechtsauffassung, von der sich das Gericht bei seiner Erlassung hat leiten lassen, und auf die Fassung, die es den Entscheidungsgründen und der Formel des VU. gegeben hat. (Der Einspruch war als unzulässig verworfen worden, nachdem gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch eingelegt, auf die Einrede der Unzuständigkeit die Sache an ein anderes Gericht verwiesen und in der Verhandlung vor diesem Gerichte der Bekl. ausgeblieben war — unstatthaft, weil eine Verhandlung zur Hauptsache stattgefunden hatte.)

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Schrifttum: Fischer, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts, 1918. — Förster, Vorschläge für Ladungen zum Beweistermine vor dem ersuchten Richter, JW. 17, 923. — Plósz, Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozeßrecht, 1917 (I. Der Beweis im ungarischen ZP. II. Der Bau des Prozesses in erster Instanz nach der ung. ZPO.). — Rabbinowitz, Nachricht vom Beweistermin im Felde, JW. 17, 923. — Raddatz, Beweisaufnahme im Felde, DJZ. 17, 603. — Schultzenstein, Zur Rechtmäßigkeit polizeilicher Verfügungen und zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, JW. 17, 433. (Es wird nachgewiesen, daß das von dem Untersuchungsgrundsatz beherrschte Verwaltungsstreitverfahren eine Beweislast der Parteien nicht kennt.)

Vorbemerkung. Zur Lehre von der Beweislast. 1. Fischer 165. In vielen Fällen ergibt sich aus der Fassung und Bedeutung der materiellen Rechtsnorm ohne weiteres, ob es sich um eine Verurteilungsvoraussetzung oder um ein Verurteilungshindernis handelt. Vereinzelt ist die materiellrechtliche Bedeutung gesetzlich in der technisch verfehlten Form der einem materiellen Rechtssatze beigefügten Beweislastregel zum Ausdruck gekommen. — Die Beweislast ist nicht Ursache, sondern Folge der Abgrenzung.

2. Plósz 33. Die Regel der Beweislastverteilung ist eine Regel der Anwendung der Rechtssätze und gehört in das Prozeßrecht. Das Gericht hat bei der Entsch. der Sache nur jene Rechtssätze anzuwenden, deren Tatbestand bewiesen ist. Dem Parteistandpunkte entsprechend könnte die Vorschrift auch lauten: die Beweislast trifft in der Sache jede Partei nur für jene Tatsachen, an welche der Rechtssatz, dessen Anwendung in ihrem Interesse liegt, geknüpft ist. (Vgl. § 296 der ung. ZPO.)

§ 357.

Beweisaufnahme im Felde. 1. Raddatz 603. Bei der Vernehmung der im Felde stehenden Personen liegt dasselbe Verhältnis wie bei der Zeugenvernehmung im Auslande vor. Auch bei ihnen kann ein Zwang zum Erscheinen vor dem inländ. Zivil-

gericht nicht ausgeübt werden und deren Vernehmung durch ein inländisches Zivilgericht nicht erfolgen. Muß die Vernehmung durch das Militärgericht geschehen, so müssen auch die das Militärgericht bindenden Vorschriften hinsichtlich der Benachrichtigung von dem Termine und der Zulässigkeit der Anwesenheit der Parteien oder Prozeßbevollmächtigten im Termine ausschließlich maßgebend sein und das Zivilgericht binden. Deshalb dürfte die Benutzung eines feldgerichtlichen Beweisaufnahmeprotokolls trotz Widerspruchs der vorher nicht benachrichtigten Partei für statthaft zu erachten sein.

2. Rabbinowitz 923 geht davon aus, daß in Ermangelung eines Parteiverzichts rechtzeitige Benachrichtigung von Beweisterminen zu erfolgen hat. Er empfiehlt, den Verzicht zur Vermeidung von Verzögerungen herbeizuführen; das Recht der Partei könne durch Aufnahme bestimmter Fragen und Vorhaltungen, die gegebenenfalls in einem Schriftsatze niederzulegen seien, gewahrt werden.

Vgl. JDR. 15, Posen 27. 9. 16, jetzt auch JW. 17, 306.

§ 358.

1. Beweisgebühr nach § 13 Nr. 4 RAGebO. 1. KG. 16. 12. 16, KGBl. 17, 32. Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr zugebilligt auch ohne Beschluß auf Vorlegung der Akten, wenn tatsächlich die Vorlegung zwecks Beweiserhebung über eine streitige Behauptung und nicht bloß zur Information des Gerichts stattgefunden hatte. Vgl. Braunschweig 6. 3. 17, OLG. 35, 218, wo wie in erster so auch in zweiter Inst. Akten zwecks Wiedergabe der Beweisverhandlungen von Vorakten herangezogen worden waren.

2. Grundsätzlich anders Posen 7. 5. 17, PosMSchr. 17, 71. (Durch richterl. Vfg. waren kurzer Hand Grundakten zum Verhandlungstermin herangezogen worden.) Ein förml. Beschluß, der keinen Zweifel darüber ließe, daß eine Beweisaufnahme durch Vorlegung der Grundakten beabsichtigt war, ist nicht ergangen. Eines solchen Beschlusses, der auch in demselben Verhandlungstermine hätte zur Ausführung gelangen können, würde es aber nach der neueren Rechtspr. des RG. (JW. 99, 6; 03, 124) bedurft haben, um die Beweisgebühr und die weitere Verhandlungsgebühr erst zu begründen. — Vgl. JDR. 15.

§ 362.

Vorschläge für Ladungen zu Beweisterminen vor dem ersuchten Richter zur Vermeidung wiederholter Aktenversendung und Schreibarbeit macht Förster 923 (Absendung der Parteiladungen erst nach Eingang der Zustellungsurkunden über die Zeugenladungen; unmittelbare Mitteilung von Anständen an die Anwälte und Rücksendung erst nach Ablauf einer gewissen Frist).

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Schrifttum: Fuchs, Wahrheitsfindung, Rechtstatsachenforschung und Rechtshochschule, JW. 17, 828 (über gerichtl. Seelenkunde als Grundlage der Zeugenvernehmung).

§ 373.

Geltendmachung bestimmter Tatsachen, über die ein Zeuge vernommen werden soll. a) **RG.** 3. 3. 17, LeipzZ. 17, 735, R. 17 Nr. 1104 u. 1115, WarnE. 17, 169. Das Erfordernis des Ges., wonach bestimmte Beweistatsachen geltend zu machen sind, über die der Zeuge zu hören ist, wurde im gegebenen Falle verneint, nachdem der Beweisführer erklärt hatte, er habe die Zeugen dafür benannt, daß er als nicht geschäftsfähig zu beurteilen gewesen sei, könne aber bestimmte Tatsachen, die in dieser Hinsicht zu bezeugen seien, nicht angeben. Ferner wurde ausgesprochen, unzulässig sei ein Beweisermittlungsverfahren, um zu erforschen, ob den Zeugen bestimmte erhebliche Tatsachen bekannt geworden seien, oder ob sie bestimmte Wahrnehmungen über den Geisteszustand gemacht hätten.

b) Hamburg 26. 10. 16, OLG. 35, 85, SeuffA. 72, 72. Nach dem Beweisbeschl. des ersuchenden LG. soll der in Hamburg wohnhafte Zeuge über die Behauptungen der

Parteien in den Schriftsätzen v. 16. 8. und 23. 9. 16 vernommen werden. Diese Schriftſ. enthalten aber nicht nur die streitigen (erheblichen) Behauptungen der Parteien, sondern auch solche Behauptungen, die entweder nicht streitig sind oder sich doch nicht auf Dinge beziehen, die Gegenstand der Wahrnehmung des Zeugen geworden sind. Es ist nicht Sache des ersuchten Richters, aus den bezeichneten Schriftſ. den Stoff auszuwählen, den er gemäß der vermutlichen Auffassung des ersuchenden Gerichts als geeignet erachtet, zum Gegenstande der Beweisaufnahme zu werden.

§ 376.

1. Anwendung auf Tierärzte. Hamburg 10. 2. 17, HansGZ. 17 Bbl. 167, OLG. 35, 85, R. 17 Nr. 872. Nach staats- und verwaltungsrechtl. Grundsätzen haben Tierärzte, die als öffentl. Beamte eine tierärztl. Untersuchung vorgenommen haben, über das Ergebnis der Untersuchungen Verschwiegenheit zu bewahren, wenn nicht (was vorliegend nicht der Fall war) ihre Aufgabe gerade darin bestand, Privaten Zeugnisse auszustellen. Die erforderliche Genehmigung zur Aussage wird auch nicht, wie Gaupp-Stein meint, dadurch überflüssig, daß der Fiskus selbst Prozeßpartei ist. In einem solchen Falle kann von einer Anwendung des § 376 nur dann abgesehen werden, wenn die auf den Zeugen sich berufende Partei gleichzeitig seine vorgesetzte Dienstbehörde ist.

2. Vernehmung ausländischer Konsuln über das Recht ihres Staates. Verf. des braunschw. LGPräsidenten v. 13. 9. 17, BraunschwZ. 64, 123. Die Konsuln sind zwar der inländ. Gerichtsbarkeit unterworfen, wenn kein Staatsvertrag besteht, durch den sie hiervon befreit sind (§ 21 GVG.). Es gehört aber nicht zu den Obliegenheiten eines Konsuls, den Gerichten des Landes, in dem er zugelassen ist, Auskunft über die Gesetze und Verordnungen seines Heimatstaates zu erteilen.

§ 383.

Ziff. 5. Zeugnisverweigerung des Testamentsvollstreckers eines Arztes über diesem anvertraute Tatsachen. Posen 5. 3. 17, BreslauAK. 17, 43, GesuR. 18, 481, JW. 17, 871, OLG. 35, 86, PosMSchr. 17, 22, R. 17 Nr. 1858. (Auf Antrag der Kl., die sich einen Scheidungsgrund verschaffen wollte, sollte der TestVollstr. eines Arztes darüber vernommen werden, ob er nach seinen, vom Zeugen einzusehenden ärztl. Tagebüchern den Bekl. an Syphilis behandelt habe. Die Zeugnisverweigerung wurde für gerechtfertigt erklärt.) Der Arzt selbst war zu seinen Lebzeiten von der Schweigepflicht aus § 383 Nr. 5 nicht entbunden worden. Unter sein Berufsgeheimnis fielen nicht bloß solche Tatsachen, die ihm gelegentlich der ärztl. Behandlung unmittelbar vom Bekl. mitgeteilt waren, sondern im Zweifel auch alle Wahrnehmungen, die er als Arzt bei ihm gemacht (**RG.** 53, 169; 54, 361), sowie alle Aufzeichnungen, die er darüber in sein Tagebuch aufgenommen hatte. — Bestand hiernach für den Erblasser die ärztl. Verschwiegenheitspflicht und erstreckte sie sich auch auf seine Tagebuchvermerke, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß Arzt und Patient auch für die Zeit nach dem Tode des Arztes die Geheimhaltung gewollt haben. — Kraft seiner Amtsstellung ist der Vollstrecker berechtigt und verpflichtet, den ausdrückl. oder mutmaßl. Willen des Erblassers auf Grund der ihm vom Gef. verliehenen selbständigen, auch gegen die Erben und Dritte wirksamen, weitgehenden Befugnisse auszuführen.

§ 384.

1. Ziff. 1. Begriff des unmittelbaren vermögensrechtl. Schadens. Rostock 13. 2. 17, MecklZ. 35, 294, OLG. 35, 87. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber abweichend von der sonstigen Begriffsbestimmung des Schadens das Wort im § 384 Nr. 1 in dem Sinne gebraucht haben sollte, daß es schon als vermögensrechtl. Schaden anzusehen, wenn der Zeuge Gefahr laufe, wegen einer bestehenden Verbindlichkeit in Anspruch genommen zu werden. Das Ges. hat keine Veranlassung, denjenigen, der sich der Erfüllung eines rechtlich begründeten Anspruchs entziehen will, hierin zu schützen (vgl. **RG.** 32, 382

einerseits, JW. 99, 5 andererseits). Danach ist, da die Gefahr für den Zeugen hier lediglich darin besteht, daß er das Bestehen einer eigenen Verpflichtung bekennen muß, das Weigerungsrecht nicht begründet.

2. Ziff. 2. **RG.** 28. 10. 16, R. 17 Nr. 1683. Der vertraute, die Grenzen des Anstandes überschreitende Verkehr eines jungen Mannes mit der Frau seines Hauswirts gereicht im Hinblick auf den darin liegenden schweren Vertrauensbruch auch dem jungen Mann zur Unehre.

3. Ziff. 3. Vertragsmäßige Schweigepflicht von Handlungs- oder Gewerbegehilfen. a) Im allgemeinen. Dresden 1. 3. 16, SächsOLG. 37, 384. Die Pflicht zur Ablegung des Zeugnisses ist eine öffentl.-rechtl., die nicht durch private Abmachungen aufgehoben oder eingeschränkt werden kann. — Die Verpflichtung eines Angestellten gegenüber seinem Arbeitgeber zur Bewahrung eines Geheimnisses vermag das Recht zur Zeugnisverweigerung nur dann zu begründen, wenn es sich um ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis handelt (§ 384 Ziff. 3 ZPO.).

b) Zeugnisverweigerungsrecht des Kassenführers eines Theaters. Begriff des Geschäftsgeheimnisses. Hamburg 5. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 88, LeipzZ. 17, 1014. Die Bedingungen von Abschlüssen, die Bezugsquellen und Einkaufspreise von Waren mögen als Gewerbegeheimnis anzusehen sein, und so könnte entsprechend gesagt werden, daß der Zeuge zur Verschwiegenheit etwa bezüglich der Gagen der einzelnen Mitglieder des Theaters berechtigt sein würde. — Nach dem Beweisbeschl. soll aber der Zeuge darüber vernommen werden, um wieviel Prozent sich die Einnahmen des Theaters 1914/15 gegen das vorangegangene Jahr vermindert haben, er soll also im wesentlichen über die Ergebnisse der Einnahmen und Ausgaben in ihrer Gesamtheit Angaben machen. Das als Geschäftsgeheimnis anzusehen, hat das LG. mit Recht abgelehnt.

§ 393.

1. Nachträgliche Beeidigung eines unbeeidigt zu vernehmenden Zeugen. **RG.** 22. 3. 17; 90, 81, R. 17 Nr. 1116. Der Standpunkt, wonach die nachträgl. Beeidigung nach § 393 Abs. 2 nur dazu dienen dürfe, das Gewicht einer für glaubwürdig erachteten Aussage zu verstärken, wird der Bedeutung des Eides nur einseitig gerecht. Denn wenn der Eid überhaupt die Wahrheit der Zeugenaussagen nach Möglichkeit gewährleisten soll, so muß dieser Grundgedanke auch bei der Anordnung der nachträgl. Beeidigung nach § 393 Abs. 2 gelten, also auch für den Fall, daß das Gericht von der nachträgl. Beeidigung erwartet, es werde der Zeuge seine möglicherweise unwahre Aussage berichtigen.

2. Aufhebung des Beschlusses auf nachträgl. Beeidigung eines Zeugen, der die Beeidigung seiner Aussage verweigert. München 24. 11. 15, BuschsZ. 47, 167. Das LG. hat seinen früheren Beschl. auf nachträgl. Beeidigung des Zeugen wieder aufgehoben, damit ist der Zwischenstreit darüber, ob der Zeuge die Beeidigung seiner Angaben mit Recht verweigere, gegenstandslos geworden. Zur Abänderung seines früheren, gemäß § 393 Abs. 2 gefaßten Beschlusses war das LG. unzweifelhaft berechtigt, da dieser Beschl. die Natur eines „prozeßleitenden, jederzeit abänderbaren Dekrets" hat (Motive zu § 360 ZPO., JW. 01, 400). — Daß der Beschl. auf nachträgl. Beeidigung eine vorgängige mündl. Verhandlung erfordert, ist zweifellos. Das gleiche muß selbstverständlich für den Beschl. gelten, durch den ein Beschl. dieser Art aufgehoben werden soll. Die Beschwerde ist unzulässig.

§ 398.

1. a) **RG.** 11. 7. 17, LeipzZ. 17, 1242. Das freie Ermessen des Gerichts gilt nicht, wenn es sich um die Bekundung einer neuen Behauptung handelt, deren Bestätigung vielleicht geeignet sein würde, die Glaubwürdigkeit und Unzuverlässigkeit der früheren Bekundung erheblich zu erschüttern.

b) Nochmalige Vernehmung im 2. Rechtszuge. **RG.** 16. 1. 17, R. 17 Nr. 434.

Das BG. kann im ersten Rechtszuge beeidigte Zeugen bei nochmaliger Vernehmung unbeeidigt lassen und ihnen den Glauben versagen.

2. Ablehnung der nochmaligen Vernehmung wegen Unglaubwürdigkeit des schriftlichen Widerrufs des Zeugen. **RG.** 11. 1. 17, LeipzZ. 17, 961, R. 17 Nr. 439. (Es wird zunächst darauf hingewiesen, daß die Eingabe des Zeugen nicht einen Widerruf oder eine Abänderung der Bekundung enthalte, vielmehr nur eine Meinungsäußerung mit einer völlig unschlüssigen Annahme ausdrücke.) Die nochmalige Vernehmung über die gleichen Beweisfragen stand nach § 398 im Ermessen des Gerichts; aber auch die Begründung, womit es die nochmalige Vernehmung ablehnt: daß es einer Aussage, wodurch der Zeuge seine frühere eidliche Bekundung abändern würde, den Glauben versagen müßte, verstößt nicht gegen die Prozeßgesetze (JW. 07, 109).

3. Unzulässigkeit der Beschwerde im Falle der Ablehnung der wiederholten Vernehmung. Colmar 27. 12. 15, ElsLothJZ. 16, 403. Darüber, ob die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anzuordnen ist, darf das Gericht nur nach mündl. Verhandlung entscheiden, da zu § 398 eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 128 ZPO. nicht zugelassen ist. Die angefochtene, die wiederholte Vernehmung ablehnende Entscheidung gehört also nicht zu den eine vorgängige mündl. Verhandlung nicht erfordernden Entscheidungen, gegen die nach § 567 ZPO. das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet. Vgl. JDR. 15, 1.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§ 404.

GesuR. 18, 211 empfiehlt die entspr. Anwendung der vom **RG.** 28. 9. 16, JDR. 15, 2 (jetzt auch SeuffA. 72, 139) aufgestellten Grundsätze für die Heranziehung von Hilfskräften durch einen ärztl. Sachverständigen auf Begutachtungen anderer Art.

§ 406.

Ablehnung ohne Erfolg. **RG.** 2. 5. 16, WarnE. 17, 8. Gegen den das Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschluß des LG. war nach § 406 Abs. 5 nur die sofortige Beschwerde zulässig. Diese ist von den Bekl. erhoben und vom Beschwerdegericht mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß sie mit Erlaß des Endurteils des LG. gegenstandslos geworden sei. Ob letzteres zutraf, oder ob nicht vielmehr das BeschwGericht, solange die Berufung gegen das Urteil des LG. noch nicht erledigt war, über die Beschwerde sachlich entscheiden mußte, ist unerheblich. Denn mit der Entsch. des BeschwGerichts, die einer weiteren Beschwerde nicht unterlag (§ 567 Abs. 2 ZPO.), stand für das BG. die Unrechtmäßigkeit des Ablehnungsgesuchs fest. Die Sache lag ganz ebenso, wie wenn die Bekl. gegen den das Gesuch zurückweisenden Beschluß des LG. das vom Ges. allein zugelassene Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gar nicht eingelegt hätten.

§ 411.

RG. 29. 6. 16, JDR. 15, jetzt auch GruchotsBeitr. 61, 147.

§ 413.

Entschädigung der Sachverständigen. 1. Ullmann, Die „Hamburger Normen" und die GO. für Zeugen und Sachverständige, R. 17, 239 verneint im Anschluß an München 29. 4. 15 die Eignung der Hamburger Normen als Auskunftsquelle für den üblichen Preis technischer Gutachten. Dagegen Perlewitz, R. 17, 335. Vgl. auch JDR. 15 II 3 zu § 402, Colmar 1. 5. 16, jetzt auch ElsLothJZ. 17, 109.

2. Über die Ermittlung des üblichen Preises für die Zeitversäumnis von Landmessern Posen 24. 9. 17, PosMSchr. 17, 99.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

Schrifttum: Cohn, Urkundliche Berichtigung und prozessuale Richtigstellung, DNotV. 17, 237.

§ 415.

1. Einwand des Überhörens. **RG.** 18./25. 11. 16, R. 17 Nr. 255, SeuffA. 72, 33. Der Gegenbeweis ist zulässig, wenn es sich um eine vom Notar einseitig ohne Wissen und Willen der Parteien in die Vertragsurkunde aufgenommene Bestimmung handelt, über welche vorher von den Parteien keinerlei Erklärungen abgegeben worden sind (**RG.** 50, 420). Steht aber eine Bestimmung in Frage, über die bereits bei den Verabredungen verhandelt und unter den Vertragschließenden bereits Einverständnis erzielt war, so kommt es darauf nicht an, ob sie bereits in dem ursprünglichen, vom Gegner gefertigten Vertragsentwurfe enthalten oder erst vor der notariellen Verhandlung von ihm in dem Entwurf, den er dem Notar übergab, eingefügt worden ist, und ob der Bekl. bei der Vorlesung des Protokolls die Bestimmung überhört hat. — Vgl. auch **RG.** 24. 5. 16, ZBlFG. 18, 21.

2. Läßt sich aus § 415 Abs. 2 ZPO. die Befugnis herleiten, von dem Vertragsgegner die Berichtigung einer notariellen Urkunde in der Weise zu verlangen, daß er in die Streichung bestimmter, angeblich durch ein Versehen in die Urkunde gekommener Worte und in deren Ersetzung durch bestimmte andere Worte willige? BayObLG. 9. 10. 16, BayRpflZ. 17, 25, SeuffA. 72, 241. Der geltend gemachte Berichtigungsanspruch kann nicht aus § 415 Abs. 2 ZPO. abgeleitet werden. Diese Gesetzesstelle enthält nur die besondere prozeßrechtl. Bestimmung, daß einer öffentl. Urkunde gegenüber der Beweis der unrichtigen Beurkundung des Vorganges, also insbesondere der Beweis zulässig sein soll, daß die beurkundete Erklärung von der in der Urkunde bezeichneten Person überhaupt nicht, oder nicht so, wie sie beurkundet wurde, abgegeben worden ist. Sie schafft aber keinen materiellen Rechtsbehelf in dem Sinne, daß die Berichtigung der unrichtigen Beurkundung ohne weiteres verlangt und durch Klage, Einrede, Übung des Zurückbehaltungsrechts geltend gemacht werden könnte.

3. Verhältnis der prozessualen zur urkundlichen Berichtigung. Cohn 244. Die Wirkung des Beweises nach § 415 Abs. 2 ist nicht die, daß der unrichtig beurkundete Vorgang als richtig beurkundet zu erachten ist — das wäre Berichtigung der Urkunde — sondern die, daß dadurch die Unrichtigkeit beseitigt wird; dem Beweise kommt nicht eine die Wahrheit schaffende, sondern die Unwahrheit vernichtende Kraft zu. Der Beweis hat somit eine das Rechtsgeschäft aufrechterhaltende Wirkung, wenn die unrichtige Beurkundung es als nichtig erweisen würde, und eine das Rechtsgeschäft zerstörende Wirkung, wenn es nach der unrichtigen Beurkundung als wirksam zu erachten wäre. Selbst die Möglichkeit, daß die Richtigstellung die Wirkung der urkundlichen Berichtigung hat, ist gegeben. Würde etwa nach dem Datum der Zustellungsurkunde die Rechtsmittelfrist versäumt sein, so könnte die Wahrung der Notfrist nicht anders nachzuweisen sein, als durch den Beweis des richtigen Tages der Zustellung.

§ 417.

RG. 6. 7. 16, JDR. 15, jetzt auch BayRpflZ. 17, 20 u. HansGZ. 17 Bbl. 214.

§ 440.

Erfordernisse der Vermutung. Verhältnis zu § 419 ZPO. **RG.** 8. 11. 16, GruchotsBeitr. 61, 489, JW. 17, 106, R. 17 Nr. 873. Ist die Urkunde mit äußeren Mängeln der in § 419 ZPO. bezeichneten Art, insbesondere mit einer Einschaltung, behaftet, so greifen die Beweisregeln der §§ 416, 434, 440 ZPO., namentlich die Vermutung für die Echtheit der Schrift nach § 440 Abs. 2, nicht Platz; vielmehr ist gemäß § 286 ZPO. nach freier Überzeugung über die Beweiskraft der Urkunde überhaupt, d. h. als Ganzes und somit auch über die Echtheit der über der Unterschrift befindlichen Schrift zu entscheiden, und zwar mit gutem Grunde, weil die Urkunde nachträglich ohne Wissen des Ausstellers verändert sein kann (**RG.** 29, 432).

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

Schrifttum: Landsberg, Kann das Läuterungsurteil ein Versäumnisurteil sein? PosMSchr. 17, 38. — Rudolf Schmidt, Der richterliche Eid, 1917.

§ 445.

1. Ungenügende Bezeichnung der Eidestatsache. a) **RG.** 15. 1. 17, R. 17 Nr. 441. Der Bekl. hatte der Kl. den Eid zugeschoben, daß sie Gelder und Wertpapiere von wenigstens 100000 M. aus den Bankbeständen (über den vorliegenden Bankauszug hinaus) während der Ehe entnommen habe. Das KG. hatte den Verbleib der Wertpapiere für nachgewiesen erachtet und im übrigen den Eid als zu allgemein erklärt. RG. billigt dies: Was die Kl. aus den Bankbeständen entnommen habe, erhelle für den Bekl. aus seinen halbjährigen Rechnungsauszügen der Bank. Behaupte er weitere Entnahmen, so habe er bestimmte Angaben zu machen, sonst diene der Eid nur einer unzulässigen Ausforschung. Vgl. auch **RG.** 14. 10. 16, LeipzZ. 17, 194.

b) **RG.** 13. 1. 17, LeipzZ. 17, 730, R. 17 Nr. 1684, WarnE. 17, 129. Die Eideszuschiebung über die Behauptung der Bekl., der Kl. habe „mit anderen Frauenspersonen geschlechtlich verkehrt", ist ohne Prozeßverstoß abgelehnt worden. Dasselbe gilt von der Fassung, der Kl. habe während des Getrenntlebens der Parteien bis zum gegenwärtigen Zeitpunkte öfter mit Dirnen geschlechtlich verkehrt. Das RG. hat wiederholt ausgesprochen, daß eine Eideszuschiebung über die Behauptung des geschlechtl. Verkehrs mit einer unbestimmten Anzahl nicht individuell bezeichneter Personen des anderen Geschlechts in der Regel unstatthaft ist.

c) **RG.** 17. 9. 17, R. 17 Nr. 1860. „Anstiftung zum Ehebruch". Statt des mißdeutungsfähigen, rechtsbegriffl. Ausdrucks „anstiften" sind diejenigen Tatsachen anzuführen, durch die der Kl. in Form der Anstiftung dem Ehebruche der Bekl. zugestimmt haben soll.

2. Mitgift als Tatsache i. S. des § 445. **RG.** 7. 1. 16, WarnE. 17, 81. In der Rechtspr. des RG. steht fest, daß die allgemein geläufigen Rechtsbegriffe des tägl. Lebens bei der Fassung eines Eides verwendet werden dürfen. Hierzu gehört insbesondere das Darlehen. Aber auch die Mitgift ist, wenn man davon absehen will, daß sie nach der Ausdrucksreise des BGB. kein Rechtsbegriff im engeren Sinne mehr ist, dazu zu zählen (was im gegebenen Falle um so unbedenklicher erschien, als der ganze Streit sich darum drehte, ob Darlehen oder Mitgift vorlag, ob also die Bekl. zur Zurückzahlung des Geldes verpflichtet waren oder nicht, und die Parteien zum Überfluß in dem Berufungsurteil hierüber noch ausdrücklich belehrt worden waren).

3. Eideszuschiebung über die unerlaubte Handlung eines Dritten, der zur Zeit ihrer Begehung noch nicht Vertreter war, es aber zur Zeit der Eideszuschiebung ist. **RG.** 21. 4. 17, WarnE. 17, 347. Für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung kommt es nach § 445 nicht darauf an, ob die in Frage stehende Handlung unsittlich oder strafbar ist.

§ 446.

Berücksichtigung formwidrig geleisteter Eide. Dresden 15. 3. 17, OLG. 35, 89, SächsRpflA. 17, 268, SeuffA. 72, 271. Wenn auch bei der Abnahme der beiden Eide nicht den gesetzl. Vorschriften gemäß verfahren worden ist — beide Eide sind vor dem Gerichtsoffizier geleistet (vgl. zu § 158 GVG.), und bei der ersten Eidesleistung ist der Zeugeneid abgenommen worden, — so liegt doch kein Anhalt vor, daß der Kl. sich dieser Mängel bewußt gewesen ist, vielmehr ist anzunehmen, daß er die Eide in der Meinung ausgeschworen hat, sie in gesetzl. Weise und besonders vor einem zuständigen Beamten abzuleisten. Das OLG. hat hiernach die Überzeugung erlangt, daß die beschworenen Tatsachen wahr sind.

§ 453.

Abs. 2. Keine Auferlegung vor Erhebung der anderen Beweise. **RG.** 25. 6. 17; 90, 356, JW. 17, 929. Das LG. hatte über dieselbe Beweisfrage die Wahrnehmung mehrerer vom Bekl. benannter Zeugen durch Ersuchen der zuständigen AG. beschlossen, gleichzeitig dem Kl. drei Eide auferlegt und angeordnet, daß die Erledigung des Beschlusses auf die Vernehmung der Zeugen zunächst beschränkt sein sollte. Demnächst beschlossen Vorsitzender und Berichterstatter außerhalb der mündlichen Verhandlung die

Abnahme der Eide, die mittels Ersuchens des auswärtigen AG. erfolgte. RG. nahm im Gegensatz zum BG. an, daß ein nach § 295 Abs. 2 ZPO. wirksamer Rügeverzicht nicht erfolgt sei (vgl. zu § 295 ZPO.) und hob auf. Nach § 453 Abs. 2 ZPO. hätte strenggenommen ein Beschluß über die Auferlegung der Eide noch gar nicht gefaßt werden dürfen und können, da diese Eide noch gar nicht endgültig zugeschoben waren. Die Bekl. konnte annehmen, es werde erst nach Beendigung der nicht vor dem Prozeßgericht erfolgten Zeugenvernehmung das Ergebnis derselben gemäß § 285 Abs. 2 ZPO. in der nächsten mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht vorgetragen und alsdann erst darüber verhandelt werden, ob nunmehr die Eide endgültig zugeschoben und den Kl. auferlegt werden sollten oder nicht. Das Verfahren des LG. verstößt gegen § 128 ZPO.; die Entsch. über die Auferlegung des Eides ist ohne mündl. Verhandlung getroffen worden.

§ 459.

Abs. 2. Rudolf Schmidt* 103. Wenn § 459 Abs. 2 Gewicht darauf legt, daß eine Tatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet ist, so bedeutet „behaupten" zum ersten Male im Prozeß über die Tatsache eine bejahende oder verneinende Behauptung aufstellen.

§ 462.

Kann das Läuterungsurteil ein Versäumnisurteil sein? Landsberg 38. 1. Zum VersUrteil kann der Termin nach einer Eidesanordnung (§ 332 ZPO.) nur führen, wenn sie durch Beweisbeschluß erfolgt war. 2. Es fehlt in der ZPO. an einer Bestimmung, die es ermöglicht, die Vorschriften über das VersUrteil Buch 2 Titel 3 auf das Läuterungsverfahren entsprechend anzuwenden. § 347 ZPO. regelt ausdrücklich nur bestimmte andere Fälle (Widerklage, Betragsverfahren, Zwischenstreit). Vgl. §§ 542, 557, 566, 600 Abs. 3 ZPO. 3. Auch der Gegner der schwurpflichtigen Partei kann gegen diese nicht ein VersUrteil, sondern nur zu eigenen Ungunsten das im bedingten Urteil vorgezeichnete Läuterungsurteil erlangen, das immer das gleiche bleibt, einerlei von welcher Partei es herbeigeführt wird. 4. Die Kraft und Nachwirkung des bedingten Urteils darf nicht geringer als die des vorbereitenden Verfahrens im Falle des § 353 Abs. 2 S. 1 veranschlagt werden. — Das Ausbleiben einer Partei im Läuterungstermine läßt sich nicht als Vollversäumnis i. S. der §§ 330ff. ZPO. auffassen, sondern nur als Versäumung einer Prozeßhandlung mit der allgemeinen Ausschlußfolge nach §§ 230, 231.

§ 475.

I. Allgemeines. Rudolf Schmidt* erörtert 1. den Begriff der Tatsache i. S. des Ges., über welche Tatsachen der Eid auferlegt werden kann. (Der Umstand, daß der Eid nach § 475 nur über Tatsachen zulässig ist, schließt den Eid über Urteile nicht aus, wenn die Schlußfolgerung auf Grund einer gemeinverständlichen Regel erfolgt. — Der Eid über innere und hypothetische Tatsachen ist zulässig) (1ff., 24). 2. Die Frage, ob die Verhandlungen und eine etwaige Beweisaufnahme ein Ergebnis gehabt haben müssen, damit auf den richterlichen Eid erkannt werden kann, 28ff. Aus der geschichtl. Entwicklung, dem Wortlaut des § 475 und der Begr. des Entw. der ZPO. ergibt sich die Unzulässigkeit des richterlichen Eides, wenn Verhandlung und Beweisaufnahme überhaupt kein Ergebnis gehabt haben. Ebenso wie dieser Fall sind 2 andere zu behandeln: a) der Fall, daß den vom Beweispflichtigen beigebrachten Überzeugungsgründen z. B. Beweisen ebenso starke Überzeugungsgründe entgegenstehen, die der Gegner für seine Behauptung geliefert hat, b) der Fall, daß der vom Beweispflichtigen erbrachte Beweis durch eine Beweiseinrede des Gegners vollständig entkräftet wird. 3. Auswahl des Schwurpflichtigen 96. 4. Einfluß des Parteiwillens auf die Auferlegung des Eides 125. Vgl. zu §§ 287, 445, 459, 476, 477, 542, 617.

II. **RG.** 20. 9. 17, R. 17 Nr. 2061. Bei Angriffen gegen die Glaubwürdigkeit der zum Eide zugelassenen Partei braucht das Gericht allgemeine Wendungen nicht zu berücksichtigen, es hat nur bestimmte greifbare Tatsachen zu beachten.

§ 476.

Fassung der Urteilsformel. Rudolf Schmidt 122. Wird das Gericht nur durch den Eid mehrerer beweispflichtiger Streitgenossen überzeugt, so muß dies schon in der Urteilsformel zum Ausdruck gebracht werden. Das Urteil muß z. B. lauten: Leisten beide Kl. den Eid, so wird der Bekl. verurteilt, leistet einer der Kl. den Eid nicht, so wird die Klage abgewiesen. Fehlerhaft ist die Formel: Leisten beide Kl. den Eid, so wird der Bekl. verurteilt, verweigern sie den Eid, so wird die Klage abgewiesen. Kommt eine solche ungenaue Urteilsformel vor, so wird in vielen Fällen aus den Gründen des Urteils sich ergeben, daß das Gericht nicht überzeugt wird, wenn einer der Streitgenossen den Eid verweigert. Die Gründe enthalten also für diesen Fall die Entscheidung gegen die Streitgenossen und an diese Entscheidung ist das Gericht gebunden. (Gegen Hellwig, Lehrbuch 3, 145, der die Lage so ansieht, als wenn das Gericht keine Entscheidung gegeben habe, und § 286 ZPO. anwendet.) — Wird der Eid den Gegnern des Beweispflichtigen auferlegt, so hat die Entscheidung regelmäßig dahin zu lauten, daß A. und B. verurteilt werden, auch wenn nur einer von ihnen den Eid nicht leistet. (Ungenau ist die Fassung: Leisten A. und B. den Eid, so wird die Klage abgewiesen, verweigern sie den Eid, so werden sie verurteilt.)

§ 477.

Rudolf Schmidt* 147. 1. Die in § 477 Abs. 1 enthaltene Bezugnahme auf § 458 beruht auf einem Redaktionsversehen. Sie ist zu streichen, wenn man die Berichtigung solcher Versehen zuläßt. Lehnt man dies ab, so bedeutet § 458 beim richterlichen Eide, daß dessen Auflage außer im Fall wissentlicher Verletzung der Eidespflicht (§ 457) nicht zurückgenommen werden kann. § 458 enthält freilich auch noch eine Ausnahme für den Fall des § 454 Abs. 2 .Daraus kann aber nicht mit Kleinfeller, Lehrbuch S. 393 geschlossen werden, daß jede Partei auch noch nach der Auflage des Eides in derselben Instanz andere Beweismittel geltend machen könne.

2. Die herrsch. Ansicht, wonach bei eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen der richterliche Eid als Überzeugungseid nicht nur in den Ausnahmefällen des § 459 Abs. 2, sondern allgemein zulässig ist, ist unzutreffend. Die herrschende Ansicht irrt auch insofern, als sie einen negativen Überzeugungseid des Beweispflichtigen für zulässig hält (**RG.** 22, 226) S. 103, 107.

Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 484.

Eidesstattliche Beteuerung der Mennoniten. Art. 15 bayer. AGZPO. i. d. F. v. 26. 6. 99. Solleder, BayRpflZ. 17, 212. Nr. 1 der bayer. VO. v. 20. 10. 11 ist als veraltet und aufgehoben zu erachten (**RG.** Straff. 36, 203). — Der Voreid ist durch das jetzige Recht im bürgerl. Rechtsstreit grundsätzlich und ausnahmslos beseitigt. Die nachträgl. Verpflichtung des Zeugen kann bei den Mennoniten nunmehr nur darin bestehen, daß nach der Vernehmung der Richter den Zeugen unter Handschlag die ganze Beteuerungsformel in folgender Weise nachsprechen läßt: „Ich verspreche mit gegenwärtigem Handschlag, wie bei meinem Taufbunde, die reine Wahrheit gesagt zu haben." — Bei den Philipponen, welche als dem Eide entsprechende Beteuerungsformel die Worte „Jey! Jey!" sprechen, wäre ein Verfahren nach § 481 Abs. 1 schlechthin ausgeschlossen. — Die Art und Weise der Verpflichtung ist protokollarisch genau festzulegen, eine bloße Feststellung „als Mennonit gesetzlich verpflichtet", ungenügend und unzulässig.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

Schrifttum: Danziger, Eine durch den Kriegszustand geschaffene Lücke des Beweissicherungsverfahrens, R. 17, 419. — Über Beweissicherung zur Feststellung von Kriegsschäden (§ 21 Abs. 3 RG. 3. 7. 16, RGBl. 675, Kriegsbuch 3, 647; 4, 813) vgl. Lemme, DJZ. 17, 607.

§ 485.

Dresden 14. 4. 16, JDR. 15, 1, jetzt auch OLG. 35, 91.

§ 486.

Danziger 419. Die Zuständigkeitsnormen des § 486 umfassen den während des Krieges nicht seltenen Fall überhaupt nicht, daß die zu vernehmenden Personen sich im Felde, namentlich an besonders gefährdeten Punkten befinden, und somit täglich die Gefahr des Beweismittelverlustes besteht, sofern die Hauptsache noch nicht anhängig ist. Es empfiehlt sich, das Gericht, das für die Erhebung der Unterhalts- oder negativen Paternitätsklage zuständig wäre, für das Beweissicherungsverfahren, auch wenn die Hauptsache noch nicht anhängig ist, für zuständig zu erklären und zu ermächtigen, den Truppenteil der im Felde stehenden Zeugen im Rechtshilfewege um deren Vernehmung zu ersuchen.

§ 493.

1. Kriegsrecht. Aussetzung des Verfahrens gemäß §§ 2, 3 des KTSchG. v. 4. 8. 14. Cöln 6. 11. 16, DJZ. 17, 250, OLG. 35, 90. Der aus der Kriegsteilnahme sich ergebenden besonderen Sachlage ist genügend Rechnung getragen, wenn der Kriegsteilnehmer gegen eine spätere Berufung des Beweisführers auf § 493 Abs. 2 geschützt wird. Es muß daher im übrigen das Beweissicherungsverfahren fortgesetzt und dem Beweisführer die Möglichkeit gewährt werden, sich ein Protokoll zu verschaffen, das er im Falle des späteren Verlustes des Beweismittels wenigstens als Urkunde benutzen kann. — Die Aussetzung ist daher nur in der Weise anzuordnen, daß dem Beweisführer eine spätere Berufung auf § 493 Abs. 2 ZPO. untersagt wird. Vgl. Kriegsbuch 1, 23; 2, 5.

2. Kostenfragen. Zur Frage der Berechtigung des Ansatzes einer Gebühr des RA. für das Beweissicherungsverfahren, je nachdem die Hauptsache anhängig oder noch nicht anhängig ist (§ 29 Ziff. 3, § 30 Ziff. 1 RAGO.) vgl. Karlsruhe 29. 3. 16, BadRpr. 17, 8.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

Schrifttum: Langenbach, Der § 27 EntlVO. in der Berufungsinstanz, LeipzZ. 17, 1233. — Salomon, Die Anwendbarkeit des § 27 EntlVO. in der Berufungsinstanz, R. 17, 375. — Striemer, vgl. JW. 17, 804.

§ 505.

1. Wahrung sachlicher Ausschlußfristen. **RG.** 24. 11. 16, JW. 17, 231, R. 17, 77, WarnE. 17, 13. Prozessual gilt mit der Verkündung des Beschlusses der Rechtsstreit als bei dem neuen Gericht anhängig und prozessual bleiben die früheren richterl. und Parteihandlungen wirksam. Die materiellrechtliche Wirkung einer vor dem Verweisungsbeschlusse bereits eingetretenen Versäumung der Ausschlußfrist kann durch diesen Beschluß nicht beseitigt werden. Daß auch in dieser Richtung eine Rückbeziehung auf den Zeitpunkt der Klagerhebung bei dem unzuständigen Gericht eintrete, ist dem § 505 nicht zu entnehmen. (Betraf die Ausschlußfrist des § 30 preuß. EEG. Da der Verweisungsbeschluß erst nach Ablauf der Frist verkündet worden war, wurde das Klagerecht für verwirkt erachtet.)

2. Beschwerde. a) LG. Erfurt 24. 11. 16, NaumburgAK. 17, 6. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Verweisung eines Rechtsstreits von einem ordentl. Gerichte an ein Sondergericht für statthaft zu erachten ist, — jedenfalls ist gegen den eine Überweisung an das GG. aussprechenden Beschluß eine Beschwerde unzulässig, weil die Voraussetzungen des § 567 Abs. 1 nicht vorliegen. Vgl. auch LG. III Berlin 2. 5. 17, GewuKfmG. 23, 92, das die Verweisung mit der herrsch. Meinung gegen Stein § 505, VI für unzulässig erachtet.

b) Beschwerde, wenn der Vorsitzende die Terminsbestimmung wegen örtl. Unzuständigkeit des Gerichts ablehnt. Darmstadt 28. 2. 16, HessRspr. 17, 310. Die Frage der Prozeßhängigkeit, der örtl. Zuständigkeit und einer Zust. nach § 505 in Verb. mit § 27 der VO. v. 9. 9. 15 gehören zu den Prozeßvoraussetzungen, über die das

Gericht auf Grund der Verhandlung zu entscheiden hat und die deshalb der Vorprüfung seitens des Vorsitzenden nicht unterliegen können. Nach dem (vorliegenden) bestimmten Verlangen kann dem Antragsteller durch eine, eine andere Ansicht vertretende Verweigerung der Terminsbestimmung nicht unmöglich gemacht werden, eine gerichtl. Entsch. des angerufenen Gerichts selbst herbeizuführen.

3. Anwendung des § 505 in der Berufungsinst. a) Salomon 375. Nachdem § 27 EntlVO. v. 9. 9. 15 die amtsgerichtl. Verweisung auf das landgerichtl. Verfahren ausgedehnt hat, besteht derselbe Rechtszustand, wie wenn § 505 in dem Abschnitt: „Verfahren vor den Landgerichten" stände. Daher ist § 505 jetzt gemäß § 523 auf das Berufungsverfahren analog anwendbar. (Es wird ferner ausgeführt, daß die Verweisung in der zweiten Instanz zugleich mit der Aufhebung des erstinstanzl. Urteils durch unanfechtbares Urteil zu geschehen hat, und zwar auch, wenn das Gericht erster Inst. trotz Antrages auf Verweisung die Klage wegen Unzuständigkeit abgewiesen hat.) Ebenso Striemer 804.

b) Aus der Rechtsprechung: α. Königsberg 30. 1. 17, LeipzZ. 17, 819, OLG. 35, 92, PosMSchr. 16, 112. Die Aufhebung des erstinstanzl., die Klage abweisenden Urteils kann nur wieder durch Urteil ausgesprochen werden. Nur ganz ausnahmsweise gestattet die ZPO. (§ 99) die Aufhebung durch Beschluß. Es mußte daher das erstinstanzl. Urteil durch Urteil aufgehoben werden, damit das LG. erster Inst. demnächst durch Beschluß die Verweisung an das LG. aussprechen kann. Ebenso Dresden 16. 11. 16, JW. 17, 303, LeipzZ. 17, 303.

β. Anders München 23. 5. 17, LeipzZ. 17, 820, OLG. 35, 91, SeuffA. 72, 342. Nach § 523 finden auf das Verfahren in der Berufungsinstanz die in erster Inst. geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Es besteht kein innerer Grund, weshalb die Ausdehnung des § 505 mit seiner die Vereinfachung, Verkürzung und Verbilligung bezweckenden Absicht für das Verfahren in der Berufungsinst. nicht gelten sollte. Vgl. hierzu OLG. 35, 92 Anm. 1 und Langenbach, LeipzZ. 17, 1233. Die Entsch. zu a ist nicht nur unerfreulich, sondern verletzt auch § 538 Abs. 2 sowie die Bestimmung des § 505 Abs. 2, wonach das die Verweisung aussprechende Erkenntnis unanfechtbar ist.

4. Streitwert. **RG.** 3. 1. 17, R. 17 Nr. 478. Durch die Erhebung der Einrede der sachl. Unzuständigkeit machte der Bekl. nur geltend, daß der Anspruch seinem angegebenen Betrage nach die Zuständigkeit des AG. überschritt. Ein Anerkenntnis oder auch nur ein Einverständnis mit der von der Kl. angegebenen Werthöhe kann darin nicht gefunden werden.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Schrifttum: Rudolf Schmidt, Der richterliche Eid 1917. — Seka, Von den Berufungsgründen der ZPO., namentlich von der unrichtigen Beweiswürdigung, AÖstGZ. 17, 305 u. 320.

Vorbemerkung. Zulässigkeit der Berufung nach § 20 EntlastungsVO. v. 9. 9. 15. Schneider, JW. 17, 32 weist darauf hin, daß, wenn man mit **RG.** 76, 292 für die Zulässigkeit des Rechtsmittels den Zeitpunkt der mündl. Verhandlung entscheiden läßt, der Schikane Tür und Tor geöffnet sei. Der Berufungsbekl. könne, um die aussichtsvolle Berufung zu Fall zu bringen, seinen Anspruch unter 50 M. ermäßigen. Es ergebe sich die Möglichkeit, daß die Berufung, obwohl sie im ersten Termin gemäß § 535 geprüft und durch Zwischenurteil für zulässig erklärt worden sei, bei Ermäßigung im zweiten Termin unzulässig werde.

§ 514.

1. Außergerichtl. Vergleich nach der Urteilsverkündung. **RG.** 1. 3. 17, PosMSchr. 17, 23, R. 17 Nr. 1687. Nach der Verkündung des landgerichtl. dem Klageantrag stattgebenden Urteils hatten die Parteien außergerichtlich einen Vergleich geschlossen, inhalts dessen der Bekl. zum Ausgleich der Klageforderung einen Teil davon zahlte

und die Prozeßkosten übernahm. Das LG. fand hierin einen Verzicht auf die Berufung. RG. hob auf, da die Umstände des Falles unter Verletzung des § 286 nicht ausreichend gewürdigt worden seien: Es wäre zu prüfen gewesen, ob, auch wenn der Bekl. jenen Verzichtswillen gehabt haben sollte, dieser Wille nicht erkennbar zum selbstverständlichen Inhalt hatte, daß die Kl. den Vergleich gelten lassen und ihm nicht, wie geschehen, zuwiderhandeln werde, indem sie das landgerichtl. Urteil zur Vollstreckung beachte. Es wird schwerlich i. S. der Parteien gelegen haben, daß die Kl. die Unzulässigkeit der Berufung auf Grund des abgeschlossenen Vergleichs geltend zu machen befugt sein sollte, nachdem sie selbst dem Vergleiche zuwider das landgerichtliche Urteil zur Vollstreckung gebracht hatte. Sollte sie hierzu, wie sie meint, infolge Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Vergleichs berechtigt gewesen sein, so wäre auch der Bekl. aus dem gleichen Grunde an den behaupteten Verzicht nicht mehr gebunden gewesen.

2. Vereinbarung, daß alsbald von beiden Teilen auf Rechtsmittel gegen ein Scheidungsurteil verzichtet werden soll. a) **RG.** 23. 10. 16 ,R. 17 Nr. 875. Die Sittenwidrigkeit des Abk. wurde im gegebenen Falle verneint, da es sich um die Abkürzung eines Scheidungsverfahrens handelte, das nach den Feststellungen des KG. auf jeden Fall mit der Scheidung geendigt hätte. Eine solche Abkürzung ist noch keine unzulässige Erleichterung der Scheidung. (**RG.** 70, 59 und 26. 11. 15 VII. 186/15 stehen nicht entgegen, da in beiden Fällen der Ausgang der erhobenen Scheidungsklage ungewiß war.)

b) Königsberg 13. 2. 17, JW. 17, 981, PosMSchr. 17, 24. Der vertragsmäßige Verzicht auf das Rechtsmittel ist zulässig, an keine Form gebunden und wird vom RG. nur für den Fall verneint, daß ein Scheidungsurteil noch nicht ergangen ist (**RG.** 70, 59; 59, 346). (Die Kl. hatte nach geschlossenem Vergleich dem Berufungsgericht — nach erlassenem Scheidungsurteil — privatschriftlich angezeigt, sie wolle Berufung nicht einlegen, und zugleich ihr Gesuch um Bewilligung des Armenrechts zurückgenommen, worauf der Gerichtsschreiber das Rechtskraftzeugnis erteilte. Der Bekl. heiratete seine jetzige Frau. Die von der Kl. nach Jahren erhobene Klage aus § 1326 BGB. wurde zurückgewiesen.)

3. **RG.** 30. 9. 16 (über vertragsmäßigen Verzicht) jetzt auch GruchotsBeitr. 61, 150.

§ 521.

Kostentragung bei nur angekündigter Anschlußberufung. Cassel I 20. 10. 16, LeipzZ. 17, 558 (vgl. auch 14. 8. 16 a. a. O. 557). Der **RG.** Plen. 51, 5 ausgesprochene Grundsatz muß wegen Gleichheit des Grundes auch auf die Anschlußberufung angewendet werden. Allerdings lehnt das RG. die Ausdehnung der Plenarentsch. auf den Fall der angekündigten, aber nicht vorgetragenen Anschlußberufung in fester Rechtspr. ab. Der Sen. vermag sich dem aber nicht anzuschließen, sondern tritt der Entsch. des 2. ZS. des OLG. Cassel LeipzZ. 15, 575 bei. (Vgl. JDR. 14, 4 u. 15 zu § 515, GruchotsBeitr. 58, 1097, JW. 14, 156, 774, LeipzZ. 14, 1205.)

§ 518.

RG. 11. 5. 16 (über den Mangel der Unterschrift), JDR. 15, 2, jetzt vollständig WarnE. 17, 48. — Vgl. ferner zu § 216 ZPO.

§ 527.

Wiederholte Gelterdmachung eines zurückgenommenen Anspruchs. Frankfurt 8. 6. 16, FrankfRdsch. 50, 113. Der Annahme, daß eine Klageänderung vorliegt, steht nicht entgegen, daß der neue Klagegrund schon einmal in erster Inst. vom Kl. geltend gemacht war. Denn die in dem Tatbestande des erstinstanzl. Urteils enthaltene Feststellung, wonach Kl. seine Angabe — „nicht mehr aufrechterhalten" hat, beweist, daß Kl. seine Klage, soweit sie auf diesen Klagegrund gestützt war, in erster Instanz zurückgenommen hat. Der Fall ist also verschieden von dem Falle, daß ein in der Klageschrift

enthaltener und folglich rechtshängig gewordener Klagegrund in der mündl. Verhandlung erster Inst. nicht vorgetragen ist, in welchem Falle nach **RG.** 28. 10. 10 (JW. 11, 50) ein Zurückgreifen auf diesen Klagegrund in der Berufungsinst. auch ohne Einwilligung des Gegners statthaft ist.

§ 529.

1. Abs. 2. a) Colmar 24. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 367. Erweiterung des Anspruchs auf Kostenvorschuß für den Ehescheidungsprozeß in der Berufsinst. (im Verfahren der einstweil. Verf.) als zulässige, durch stillschweigende Anschlußberufung geltend gemachte Klageerweiterung.

b) Übergang von der konkreten zur abstrakten Schadensberechnung. **RG.** 6. 10. 17, R. 17 Nr. 2062. Der Käufer ist bei seiner Schadensberechnung an eine getroffene Wahl nicht gebunden; er kann die Berechnungsart jederzeit auch in der Berufungsinst. ändern und beide Gesichtspunkte, konkrete und abstrakte Berechnungsart, seiner Forderung zugrunde legen.

c) Zahlung des Werts einer Sache neben der ursprünglich allein verlangten Herausgabe. München 12. 11. 17, R. 17 Nr. 2063. Es handelt sich nicht um einen Übergang zum Interesse an Stelle der Herausgabe nach § 268 Nr. 3 ZPO., sondern um eine sprachliche Erweiterung der Klage, die eigentlich eine Verminderung der Ansprüche enthält und deshalb nach § 268 Nr. 2 in Verb. mit §§ 527, 529 zulässig ist. (Der Bekl. ist nicht beschwert, wenn man ihm gestattet, einen berechtigten Anspruch durch einen anderen, nicht höherwertigen, abzugelten.)

d) Kiel 29. 4. 16, JDR. 15, 3, jetzt auch OLG. 35, 91.

2. Unzulässigkeit eines sachlichen Eingehens, wenn das BG. Klageänderung annimmt. **RG.** 11. 5. 16, WarnE. 17, 92. Hat der Berufungsrichter zu Unrecht die Kl. mit ihrem die Vereinbarungen wegen des Gewinnanteils betreffenden Vorbringen wegen vermeintlicher unzulässiger Klageänderung nicht gehört, so ist nach feststehender Rechtspr. alles, was er trotzdem über dieses Vorbringen sachlich ausführt, völlig bedeutungslos und darf auch nicht als eine rechtsgültige Begr. des Urteils bei der eine unzulässige Klageänderung verneinenden Entsch. des RevGerichts in Betracht gezogen werden (JW. 97, 165; 98, 280; 02, 250; 05, 727; 08, 339, GruchotsBeitr. 45, 646, RG. 41, 369).

3. Zur Auslegung des Abs. 3. a) Meyer, R. 17, 88 wendet sich gegen Oertmann, JurBl. 15, 84 und hält auch gegen Stölzel, Aufrechnung in der Berufungsinstanz (JDR. 14, 1; 15 II 1) die Berücksichtigung selbst spruchreifer Gegenforderungen für unzulässig, empfiehlt aber Gesetzesänderung.

b) **RG.** 17. 10. 16; 89, 17. Die Vorschrift des § 529 Abs. 3 ZPO. hat lediglich den Zweck, die Verschleppung des Prozesses zu verhindern; ihre Anwendung fällt daher fort, wenn durch die Aufrechnung eine Prozeßverschleppung gar nicht verursacht wird. In solchen Fällen hätte vielmehr die Anwendung der Vorschrift ihrerseits die Hinausziehung der endgültigen Entsch. zur Folge. (Im gegebenen Falle war aus dem angefochtenen Berufungsurteile nicht mit Sicherheit zu entnehmen, ob eine vollständige Spruchreife der Gegenforderungen insbesondere nach der Seite ihrer Fälligkeit bestand.)

§ 537.

Zur Auslegung von Satz 1. **RG.** 3. 7. 17, JW. 17, 929, WarnE. 17, 347, hält an **RG.** 77, 120 und JW. 13, 500 fest, wonach das BerufungsG. über den hilfsweise erhobenen Anspruch zu entscheiden hat. Daß die Fassung des § 537 Satz 1 zu eng ist, unterliegt keinem Zweifel. Die Möglichkeit, die die Novelle von 1898 in § 529 Abs. 2 geschaffen hat, neue Ansprüche in der Berufungsinstanz zu erheben, ist unberücksichtigt geblieben. Dann besteht aber auch bei der vom Ges. überhaupt nicht geregelten eventuellen Klagehäufung kein Bedenken, den Hilfsanspruch stets, also auch dann in der Berufungsinst. erwachsen zu lassen, wenn er sich für die erste Inst. durch Zusprechung des primären Anspruchs erledigt hat.

§ 538.

1. Keine Zurückverweisung eines unsubstantiierten Anspruchs. **RG.** 23. 2. 17, R. 17 Nr. 878. § 538 Nr. 3 setzt voraus, daß ein bestimmter, vom Kl. erhobener Anspruch dem Grunde und dem Betrage nach streitig ist. Hat der Kl. aber es überhaupt unterlassen, einen substantiierten Anspruch zu erheben, so ist für ein Grundurteil und für die Zurückverweisung zur Entsch. über den Betrag, also zur Anwendung des § 538, durch die Prozeßlage kein Anlaß gegeben. Die nicht substantiierte Klage ist eben abzuweisen.

2. Kostenfragen. Braunschweig 19. 1. 17, BraunschwZ. 64, 65. Die Gebühr des § 27 Abs. 1 RAGO. findet nur Anwendung, wenn eine Zurückverweisung in die Vorinst. auf Grund eines aufgehobenen Urteils erfolgt.

§ 539.

Stellung des RevisionsG., wenn das BG. zurückverwiesen hat, anstatt die prozeßrechtl. richtige Entsch. an die Stelle der fehlerhaften zu setzen. **RG.** 16. 5. 17; 90, 238, JW. 17, 814. (Das LG. hatte, ohne zwischen der Leistungsklage und dem Feststellungs- (allgemeinen Schadensersatz-)antrage zu unterscheiden, den erhobenen Anspruch schlechthin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das BG. den Leistungsanspruch des Kl. zu 3/4 für begründet erachtet, aber zurückverwiesen.) Die Entsch. des LG. ist prozeßrechtl. fehlerhaft: es hätte hinsichtlich des Feststellungsantrags gemäß § 301 ein Teilurteil und zugleich hinsichtlich des Leistungsanspruchs ein Zwischenurteil nach § 304 erlassen müssen. Das BG. seinerseits hätte demgegenüber in einer den ganzen Prozeßstoff sachlich erledigenden Entsch. den formellen Mangel beseitigen und die prozeßrechtl. richtige Entsch. an die Stelle der fehlerhaften setzen können. Das RevisionsG. kann dies im gegebenen Falle nicht; nachdem das BG. über die Feststellungsklage sachlich zu entscheiden abgelehnt hat, vermag das RevG. nicht unter Überspringung eines Rechtszuges diese zu fällen; es würde in der Lage, den Mangel durch Berichtigung der sachl. Entsch. zu beseitigen, nur dann gewesen sein, wenn das BG. selbst den Fehler begangen hätte, den das landgerichtl. Urteil aufweist. Das Urteil des BG. kann mit der Rev. prozeßrechtl. nur aus dem Grunde angegriffen werden, daß das Verfahren der ersten Inst. an einem wesentl. Mangel gar nicht gelitten hat. Ein solcher Mangel liegt aber in der Tat vor.

§ 542.

Zulässigkeit des richterlichen Eides im Versäumnisverfahren. Rudolf Schmidt* 137. Erscheint der Berufungsbekl. nicht, so ist der richterl. Eid zum Nachweis einer Behauptung des beweispflichtigen Berufungskl. zulässig. Auch für den richterl. Eid gilt die zweite in § 542 Abs. 2 enthaltene Fiktion.

Zweiter Abschnitt. Revision.

§ 546.

1. Zur Frage der Bewertung des Beschwerdegegenstandes im allgemeinen. a) Herzfelder, JW. 17, 720 erörtert bei Besprechung von **RG.** 28. 3. 17 (vgl. zu § 3 Ziff. 7), wo der Wert des Streitgegenstandes für die RevInstanz entsprechend dem Interesse der am Nachlaß als Miterbin zur Hälfte berechtigten Kl. festgesetzt worden ist, ob es in der Tat richtig sei, allgemein und (von der gesetzl. Ausnahme des § 7 ZPO. abgesehen) ohne Zulassung einer Ausnahme daran festzuhalten, daß der Beschwerdegegenstand seine Grenze im Streitwert der Klage finden müsse. Es sei sogar angezeigt, überhaupt ganz allgemein den Wert des Beschwerdegegenstandes unabhängig vom Werte des Streitgegenstandes zu bemessen, wenn der Bekl. der durch das Urteil Beschwerte ist.

b) Zulässigkeit der Rev., wenn sich nach der RevEinlegung der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat. **RG.** 23. 12. 16, JW. 17, 482. (Der klagende KonkVerw. stritt mit dem ZwVerwalter über das Verfügungsrecht über eine auf dem Grundstück befindl. Apothekeneinrichtung. Nach eingelegter Rev. war das Grundstück

versteigert worden, der Konkursverwalter hatte sich mit dem Ersteher dahin geeinigt, daß dieser die Einrichtung gegen Zahlung einer Entschädigung behielt. Der Kl. verlas nunmehr den Antrag, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und sämtliche Kosten dem Bekl. aufzuerlegen. RG. führt aus, der Wert des Beschwerdegegenstandes umfasse nur die Gebühren der Anwälte und die gerichtl. Kosten und erreiche die RevSumme nicht.) Der Wert des Beschwerdegegenstandes bestimmt sich allerdings gemäß § 546 nach dem Zeitpunkte der RevEinlegung. Das gilt aber nicht in gleicher Weise unbedingt für den Umfang des Beschwerdegegenstandes. Vielmehr wird der Umfang des Beschwerdegegenstandes einmal durch den Inhalt des angefochtenen Berufungsurteils, soweit dadurch der RevKläger beschwert ist, und sodann innerhalb dieser Grenzen durch den Inhalt der RevAnträge bestimmt (JW. 97, 601). — Ob und inwieweit außergerichtl. Vorgänge, die nach der RevEinlegung eintreten, im einzelnen auf die in der mündl. Verhandlung zulässig zu stellenden RevAnträge von Einfluß sein und den RevKläger nötigen können, in der mündl. Verhandlung Anträge zu stellen, die dem Umfange nach einen geringeren Beschwerdegegenstand umfassen (vgl. **RG.** 76, 294, JW. 11, 988 einerseits, **RG.** 5, 387; 18, 420; 77, 15, JW. 97, 601; 98, 662; 99, 830 andererseits), kann auf sich beruhen. Vorliegend hat der Kl. sich selbst dadurch, daß er zugunsten der von ihm verwalteten Konkursmasse, der die Entschädigung zugefallen ist, über die Apothekeneinrichtung verfügt hat, klaglos gestellt, und dem entspricht auch der Antrag, den Prozeß in der Hauptsache für erledigt zu erklären, doch dem Bekl. alle Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Danach ist jedenfalls hier dieser Antrag für die Frage der Zulässigkeit der Rev. als maßgebend zu erachten. Vgl. auch JDR. 15, 2.

c) Keine Veränderung des Beschwerdegegenstandes durch einseitigen Verzicht. **RG.** 15. 12. 16, R. 17 Nr. 1690, WarnE. 17, 203. Dadurch, daß der Kl. nach Verkündung des Berufungsurteils in einem Schreiben an den Bekl. und in einem beim BG. eingereichten Schriftsatze auf einen Teilbetrag von 140 M. (von eingeklagten 4137,50 M.) verzichten zu wollen, erklärte, hat sich der Beschwerdegegenstand nicht geändert. Der Bekl. hat den Verzicht nicht angenommen, einer teilweisen Zurücknahme der Klage nicht zugestimmt (§ 271 Abs. 1 ZPO.). Der Gegenstand des Streits ist also derselbe geblieben.

2. Zum Begriff des vermögensrechtl. Anspruchs. a) Klage auf Anerkennung, daß der Ausschluß aus einer Genossenschaft zu Unrecht erfolgt ist. **RG.** 16. 1. 17; 89, 336, JW. 17, 364, LeipzZ. 17, 395. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch ist vermögensrechtl. Natur. Nach § 1 GenG. sind die eingetr. Genossenschaften „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftl. Geschäftsbetriebes bezwecken" und nach § 17 das. gelten sie als Kaufleute i. S. des HGB. Das Rechtsverhältnis, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, gehört also dem Vermögensrecht an, und demgegenüber kann es nicht darauf ankommen, ob mit der Geltendmachung des Anspruchs nebenher oder gar vorwiegend andere als wirtschaftl. Interessen verfolgt werden. (Wird als ständige Rechtspr. des 1. Zivilsen. bezeichnet [vgl. u. a. JW. 08, 350 u. (II) JW. 16, 267, JDR. 15, 1c], mit der **RG.** IV 22. 6. 16 (JDR. 15, 1a) nicht in Widerspruch stehe.)

b) Kein vermögensrechtl. Anspruch ist die Klage des Ehrenmitglieds eines zahnärztlichen Vereins, die sich gegen einen ehrengerichtl. Verweis und dessen Veröffentlichung richtet. **RG.** 8. 3. 17, R. 17 Nr. 880.

§ 549.

I. Vorbemerkung. *Hoeniger, Riskante Rechtsausübung 19ff., erörtert die Rechtspr. des RG. zur Frage der Revisibilität von Werturteilen. Er zeigt, wie sich das RG. bei verschiedenen Arten der Werturteile durchaus zutreffend verschieden verhält. Es handelt sich dabei jedenfalls um eine Rechtsfrage besonderer Art, nicht um bloße Tatfrage.

II. Revisible Rechtsnormen. 1. Reichsrecht. a) Reichsrecht, das als solches durch Landesgesetz eingeführt ist, ist revisibel. **RG.** 1. 2. 17; 89, 361.

Nach § 1 des hamb. Ges. v. 14. 7. 99, btr. den Güterstand der vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Ehen finden auf die Ehen, für die bis dahin das hamb. Recht maßgebend gewesen war, in Zukunft an Stelle dieses Rechtes die Vorschriften der Reichsgesetze über allg. Gütergemeinschaft Anwendung, soweit nicht in jenem Gesetze ein anderes bestimmt ist. (Solche abweichende Vorschriften kamen vorliegend nicht in Betracht, die Beurteilung gründete sich lediglich auf §§ 1437ff. BGB., §§ 740, 742ff., 786, 780ff. ZPO., §§ 2ff., 214ff. KO.) Die Anwendung dieser Norm ist unbedenklich nachzuprüfen — des Umstandes ungeachtet, daß sie nur durch hamb. Landesgesetz für anwendbar erklärt sind. Dem steht § 549 Abs. 1 ZPO. nicht entgegen, weil die hamb. Landesgesetzgebung, wie der Zweck und der Wortlaut des Ges. v. 14. 7. 99 nicht zweifelhaft lassen, die reichsrechtl. Vorschriften nicht als inhaltlich mit Reichsrecht übereinstimmendes hamb. Landesrecht aufgenommen hat, sondern sie vielmehr als Reichsgesetz einführen wollte. (Vgl. **RG.** 55, 247; 59, 25; 82, 47.)

b) Die Entsch. über einen Anspruch, der auf öffentl.-rechtl., irrevisiblem Landesrecht unterliegendes Beamtenverhältnis gestützt wird, ist nicht deshalb revisibel, weil sie zur Begründung des Schadensersatzanspruchs auf § 618 BGB. hinweist. **RG.** 15. 12. 16, GruchotsBeitr. 61, 663, LeipzZ. 17, 740, WarnE. 17, 73. Die Rev. muß daran scheitern, daß die vom BG. zur Anwendung gebrachten Rechtsgrundsätze nicht dem revisiblen Rechte, sondern dem Hamb. Landesrechte angehören, das der Nachprüfung des RevGerichts entzogen ist. Das Beamtenverhältnis ist in allen seinen Beziehungen, auch soweit sie die vermögensrechtliche Seite betreffen, ein öffentl.-rechtl. Verhältnis. Das gilt auch von den Schutzverpflichtungen, die dem Staat gegenüber seinen Beamten während der Ausübung ihres Dienstes obliegen (vgl. Ziff. III 3 zu § 618 BGB.).

c) Irrevisibilität von einzelstaatlichem (anhaltischem) Beamtenrecht, auch soweit es sich um Zusicherungen der anstellenden Behörde handelt. **RG.** 24. 4. 17, LeipzZ. 17, 928, R. 17 Nr. 1692. Für die Frage, welche Zusicherungen dem Kl. bei seiner Anstellung gemacht worden sind, handelte es sich um die Auslegung von Willenserklärungen auf dem Gebiete des öffentl. Rechts; für diese Auslegung aber gelten die Bestimmungen des bürgerl. Rechts nicht als solche, vielmehr richtet sich die Auslegung derartiger Willenserklärungen nach den Bestimmungen des öffentl. (hier des Anhalt. öffentl. Rechts).

2. Revisibilität des gemeinen deutschen Lehnsrechts. **RG.** 16. 1. 17, GruchotsBeitr. 61, 617, WarnE. 17, 97. Im Fürstentum Lippe, in dem das fragl. Lehnsgut liegt, gilt, soweit die Grundsätze über die Lehnsuntreue in Betracht kommen, in Ermangelung besonderer Vorschriften, die insbesondere in dem Allodifikationsgesetze v. 18. 5. 47 nicht enthalten sind, das gemeine deutsche Lehnsrecht. Dieses unterliegt aber der Nachprüfung (Königl. VO. v. 28. 9. 79 in Verb. mit der Bek. über die Genehmigung derselben durch den Reichstag v. 11. 4. 80).

3. Landesrecht. Gothaisches Bergrecht. **RG.** 18. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 820, WarnE. 17, 404. Das Gothaische Berggesetz ist der Rev. nicht zugänglich, da es über die Grenzen von Gotha hinaus keine Geltung hat. Die durch den Art. 67 EGBGB. dem einzelnen Bundesstaate gewährte gesetzgeberische Zuständigkeit ist eine unbeschränkte. Vgl. IDR. 15 I Ac u. die folg. Ziffer.

4. Internationales Privatrecht. a) Im allgemeinen. **RG.** 18. 5. 17, GruchotsBeitr. 61, 820. Bei der Ermittlung der Grundsätze des nach deutschem Rechte geltenden internationalen Rechts ist auf die allgemeine Rechtsüberzeugung Rücksicht zu nehmen, denn allgemein anerkannte Rechtssätze sind, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, auch in Deutschland zu befolgen (**RG.** 62, 402). Insoweit sind also auch allgemein anerkannte Grundsätze des internationalen Rechts revisibel. Ein solcher allgemeiner Grundsatz ist die Regel, daß bei Gesellschaften deren „Sitz" über die Staatsangehörigkeit

entscheidet. Diesen Satz für Personenvereinigungen, welche die Rechtsnatur einer Gewerkschaft haben, nicht gelten zu lassen, liegt kein Grund vor.

b) Revisionsgrund, wenn das BG. es dahingestellt gelassen, ob ausländ. oder deutsches Recht anzuwenden. **RG.** 27. 2. 17, WarnE. 17, 232. Schon im Urt. v. 24. 3. 09; 71, 9 hat der 1. Zivilsen. des RG. ausgesprochen, es sei nicht zu billigen, wenn der Berufungsrichter es unentschieden gelassen hat, ob das ausländ. oder das deutsche Recht anzuwenden sei. Für Privatrechtsverhältnisse ist im Streitfalle regelmäßig nur entweder das fremde oder das deutsche Recht maßgebend und in den Grenzen des § 293 ZPO. hat der deutsche Richter auch das maßgebende fremde Recht von Amts wegen zu ermitteln (39, 376).

c) Vertragsrecht. **RG.** 15. 5. 17, WarnE. 17, 267. Die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist, ist nach demjenigen Recht zu beurteilen, dem der Vertrag untersteht. Das gilt auch von der Auslegung des Vertrages der Parteien. (Im gegebenen Falle kam Schweiz. Recht in Frage.)

5. Ausländisches Recht (Polen nach der Besetzung). **RG.** 22. 3. 17, BayRpflZ. 17, 219, DJZ. 17, 829, GruchotsBeitr. 61, 827, JW. 17, 721, LeipzZ. 17, 984, R. 17 Nr. 1109, WarnE. 17, 194. (Betraf die Ehescheidungsklage gegen einen in Berlin wohnhaften Russisch-Polen mosaischen Glaubens, die vom BG. gemäß § 606 Abs. 4 abgewiesen wurde, weil nach dem maßgebenden russ. Recht das deutsche Gericht für die Scheidung nicht zuständig sei.) Da der Ehemann dem Königreich Polen entstammt und das russ. Recht eine besondere polnische Staatsangehörigkeit anerkennt (Art. 3 BGB. für das Königreich Polen), so hat das BG. mit Recht das in Russ.-Polen geltende Recht zur Anwendung gebracht. Dieses ist aber noch heute ausländ. Recht. Denn durch die kriegerische Besetzung eines Landes wird rechtlich keine Veränderung in den Staatshoheiten und den Staatsgrenzen herbeigeführt. Das besetzte Gebiet wird nicht ohne weiteres dem Staate, durch dessen Truppenmacht es eingenommen wird, einverleibt, es bleibt vielmehr Ausland. Allerdings wird die feindl. Staatsgewalt der Ausübung noch tatsächlich ausgeschaltet, und an ihre Stelle tritt für die Dauer und den Bereich der Besetzung diejenige des besetzenden Staates. Auf diesem Standpunkte steht das Haag. Abk., LandkriegsO. v. 18. 10. 07 Art. 42—56, wobei dahingestellt bleiben kann, ob dieses im gegenwärtigen Kriege als formelles Recht gilt. (Vgl. **RG.** 26. 7. 15, SächsRpflA. 16, 25 u. DJZ. 16, 134.) Aus diesem Grunde müssen die vom Oberbefehlshaber Ost und vom Generalgouverneur von Warschau für das von Deutschland besetzte Gebiet erlassenen Verordnungen nach wie vor als ausländ. Recht angesehen werden. Daran ändert der Umstand nichts, daß für dieses Gebiet die deutsche ZPO. eingeführt ist (§ 3 VO. v. 21. 3. 15, § 4 der Neufassung v. 18. 11. 16, VOBl. 4, 58) und daß nach der VO. v. 24. 11. 16 (VOBl. 4) deutsche Schuldtitel im Generalgouvernement Warschau als inländische gelten. Denn das deutsche Recht gilt danach in Polen nicht als solches, sondern als dortiges inländisches Recht.

Dagegen Kohler, JW. 17, 721 Anm. 21. Der besetzende Staat übt die Gebietshoheit im eigenen Namen aus; das folgt gerade im Anschluß an die Haager Übereinkunft, welche bestimmt, daß der besetzende Staat als Nießbraucher des besetzten Gebiets zu gelten hat. (Vgl. Kohler, GoltdArch. 62, 397, Zeitschrift für Völkerrecht 10, 57, Internationales Strafrecht 209, Schäfers Kriegslexikon I, 249.) — Dieser Standpunkt wird bekämpft von Strupp, Das besetzte Gebiet in der Rechtspr. des RG., LeipzZ. 17, 905.

§ 551.

Nr. 7. BayObLG. 28. 4. 16, BayObLG. 17, 86. Eine Entsch. ist als nicht mit Gründen versehen zu erachten, wenn das BerufungsG. das neue Vorbringen einer Partei gegen das erstrichterl. Urteil unbeachtet läßt und ohne weiteres das erstrichterl. U. billigt.

§ 554.

1. Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Frist für die Einzahlung des Gebührenvorschusses. **RG.** 25. 6. 17, BayRpflZ. 17, 388, WarnE. 17, 408.

Die nach § 554 letzter Abs. zu setzende Frist ist keine Notfrist, während nach § 233 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur gegenüber der Versäumnis einer Notfrist oder der RevBegründungsfrist gegeber ist. Indessen soll nach § 554 durch Versäumnis der Frist die Rechtslage geschaffen sein, als sei die Rev. nicht in gesetzl. Form begründet worden. Wie bereits der 2. Sen. unter eingehender Begr. entschieden hat (77, 159), führt die entspr. Anwendung der Bestimmungen, auf welche das Gesetz damit verweist, dazu, daß ebenso wie gegen die Versäumung der RevBegründungsfrist auch hier die Wiedereinsetzung gewährt werden kann. Ebenso **RG.** 4. 5. 17, BayRpflZ. 17, 322, LeipzZ. 17, 1080 u. 1266, R. 17 Nr. 1694, WarnE. 17, 287.

2. **RG.** 12. 7. 16, JDR. 15, 2 (über wiederholte Verlängerung der RevBegründungsfrist), jetzt auch JW. 17, 107.

§ 561.

BayObLG. 13. 7. 17, BayObLG. 18, 139. Nachprüfung der Auslegung von Verträgen nur in der Richtung, ob das Ergebnis der Auslegung unter Beachtung der für die Auslegung von Willenserklärungen gegebenen Rechtsnormen zustande gekommen ist.

§ 565.

1. Wenn nach Zurückverweisung der Sache an einen anderen Sen. des OLG. dessen sämtliche Senate vorübergehend (infolge des Krieges) in einen einzigen zusammengezogen werden, so kann dieser in der Sache entscheiden. **RG.** 18. 10. 16, JW. 17, 45, LeipzZ. 17, 45. Es ist an der **RG.** 24. 10. 02; 53, 4 ausgesprochenen Ansicht festzuhalten, daß eine solche Verweisung die Ausschließung kraft Gesetzes oder die Ablehnung wegen Befangenheit nicht gegenüber einem einzelnen Richter begründen könne, der kraft einer neuen Geschäftsverteilung dem Sen., an den die Sache zurückverwiesen worden, aus dem früheren Sen. zugeteilt worden sei. Denn die nach § 565 Abs. 1 herbeigeführte Ausschließung richtet sich nur gegen den Senat als Ganzes. (Mitgewirkt hatten der SenPräsident und zwei Mitglieder des früheren Senats. Ein Nummernwechsel oder ein Austausch sämtlicher Mitglieder der beteiligten Senate lag nicht vor.) Vgl. **RG.** 2. 6. 16, LeipzZ. 16, 1101, wo der 5. Sen., an den das RevGericht die Sache zurückverwiesen, nachträglich aufgehoben und dem an seiner Stelle erkennenden 4. Sen. die Sachen des 5. ordnungsmäßig übertragen worden waren.

2. Anders lag der Fall **RG.** 19. 12. 16; 89, 257, JW. 17, 231, LeipzZ. 17, 323, R. 17 Nr. 263, 264, wo das RG. das vom 4. Sen. des OLG. gefällte erste Urteil aufgehoben, die Sache an den 3. Sen. zurückverwiesen und der 5. Sen. das angefochtene zweite Urteil erlassen hatte. Das zweite Urteil wurde aufgehoben, weil es nicht von dem ausschließlich zur Entsch. berufenen 3. Sen. gefällt worden sei.

Ein Verstoß gegen die Anordnung des RevGerichts liegt nicht nur dann vor, wenn derselbe Sen., der das aufgehobene Urteil erlassen hat, wiederum entscheidet, sondern auch dann, wenn zwar ein anderer Sen. des BG., aber nicht der von dem RevGerichte bestimmte das neue Urteil fällt, und zwar selbst, wenn, wie im gegebenen Falle, dem jetzt erkennenden Sen. keiner der Richter angehören sollte, die bei der aufgehobenen Entsch. mitgewirkt haben. Denn nach der gesetzl. Bestimmung erfolgt die Zuweisung der Sache an einen bestimmten anderen Sen., dessen Auswahl lediglich Sache des RevGerichts ist.

3. Umfang der rechtl. Bindung. **RG.** 13. 3. 17; 90, 23, HansGZ. 17 Bbl. 262, JW. 17, 546, LeipzZ. 17, 135, R. 17 Nr. 883. Der Gedanke, der dieser Bindung zugrunde liegt, ist folgender: Das RevGericht sollte eigentlich den Rechtsstreit, der im Wege der Rev. zu seiner Würdigung gelangt, selbst erledigen. Tut es dies nicht, was nach der auf Gründen der Zweckmäßigkeit beruhenden Ordnung des § 565 ZPO. die Regel bildet, dann erledigt das BG. die Sache, soweit es einer Erledigung überhaupt noch bedarf, kraft der ihm vom RevGericht erteilten Anweisung, und es ist deshalb auch an diese Anweisung gebunden. Hat das RevGericht eine bestimmte Frage auf Grund des ihm vorliegenden Sachverhalts abschließend bejaht, dann steht es dem BG. nicht mehr zu,

ihre Beantwortung, sei es auch auf Grund neuer Tatsachen, in Zweifel zu ziehen. Die gegenteilige Auffassung würde eine unbeschränkte und unabsehbare Wiederholung der Erörterung bereits völlig und abschließend erledigter Streitpunkte ermöglichen, die nicht bloß der in § 565 Abs. 2 beabsichtigten Begrenzung der Aufgabe des BerR. widersprechen würde, sondern überhaupt mit den Anforderungen einer gesunden Prozeßführung unvereinbar wäre und insbesondere eine unerträgliche Prozeßverschleppung zur Folge haben müßte. (Betraf einen im Wege der Aufrechnung geltend gemachten Schadensersatzanspruch, den das RevGericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtete.)

Vgl. auch **RG.** 2. 2. 17, R. 17 Nr. 445 (keine Bindung an eine nebenher geäußerte Ansicht) und Hamburg 11. 10. 16, JDR. 15, 2 (jetzt auch LeipzZ. 17, 620).

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 568.

I. Begriff des neuen selbständigen Beschwerdegrundes. 1. Darmstadt I 4. 4. 17, HessRspr. 18, 87. Der Sen. schließt sich dem vom **RG.** 7. 7. 98; 42, 353 vertretenen Standpunkte an. Danach enthält die Entsch. des Beschwerdegerichts einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, wenn sie wegen Verletzung einer Rechtsnorm unrichtig ist, die nicht schon durch einen Beschluß der Vorinstanz verletzt worden war, und die Rechtslage des Beschwerdeführers durch jene Entsch. tatsächlich verschlechtert worden ist. (Diese Voraussetzung wurde im gegebenen Falle bejaht. Dem Schuldner war durch einstweilige Verfügung aufgegeben, sich jeder Störung des Besitzes des Antragstellers an einem Garten zu enthalten bei Meidung einer Strafe von 50 M. für den Zuwiderhandlungsfall. Das AG. hatte die beantragte Bestrafung des Schuldners abgelehnt, weil ihm ein Verschulden in bezug auf die eingetretene Besitzstörung nicht nachgewiesen sei. Der Beschluß des Beschwerdegerichts verwarf die Beschwerde aus dem, von den Streitteilen bisher noch nicht erörterten Grunde, daß eine Bestrafung auf Grund der einstweil. Vfg. nicht mehr erfolgen könne, nachdem im Hauptprozesse durch vorläufig vollstreckbares Urteil festgestellt worden sei, daß dem Gläubiger kein Besitzrecht an dem streitigen Garten zustehe.)

2. Dresden 23. 9. 17 (?), SächsRpflA. 17, 309. Das AG. hatte den Widerspruch des Schuldners gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids verworfen, das LG. die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Es liegen zwei gleichlautende Entscheidungen vor, von denen die landgerichtl. durch die Art ihrer Begründung dem Schuldner auch nicht ungünstiger ist als die amtsgerichtl. Denn wenn auch das AG. die Stundungseinrede des Schuldners als eine materiellrechtl., den Anspruch selbst betreffende Einwendung behandelt und als solche aus dem gegenwärtigen Vollstreckungsverfahren hinausweist, das LG. hingegen die fortdauernde Wirksamkeit der Abrede überhaupt verneint, so ist der Schuldner durch das LG. nicht schlechter gestellt worden. Vielmehr haben für das vorliegende Verfahren die Auffassungen der Vorinstanzen den gleichen Erfolg des schuldnerischen Unterliegens.

3. Rostock 26. 3. 17, OLG. 35, 171. Durch die Erklärung der Freigabe (des gepfändeten Schweines) war die Pfändung erloschen und beendet und daher die erste Beschwerde insoweit gegenstandslos. Demnach hätte das LG. die erste Beschwerde nicht sachlich prüfen, sondern als unzulässig verwerfen müssen. Daraus folgt einmal, daß das Verfahren des LG. an einem wesentlichen Mangel leidet, sodann daß der weiteren Beschwerde ein materieller Erfolg versagt werden muß. Der Gläubiger kann nicht verlangen, daß die Erinnerung als unbegründet verworfen wird, da er einen Anspruch auf einen richterlichen Ausspruch, daß die Pfändung nicht unzulässig gewesen sei, nach dem Wegfall der letzteren nicht mehr hat. Vielmehr ist der Beschluß des LG. aufzuheben und die erste Beschwerde von hier aus als unzulässig zu verwerfen (**RG.** 16, 322).

II. Zur Frage der Berechnung des Streitwertes nach der BRVO. v. 9. 9. 15 § 22, Fassung der BRVO. v. 18. 5. 16, Art. 1, V u. nach § 568 Abs. 3 ZPO. Hamburg 6. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 59 verwirft **RG.** 50, 369, wonach zwischen den Kosten

der ersten Inst. bis zur Erledigung der Hauptsache und den dann folgenden erstinstanzl. Kosten zu unterscheiden ist. — Indem die Parteien nach Erledigung der Hauptsache den erstinstanzl. Rechtsstreit wegen der Kosten bis zur Entsch. über dieselben fortsetzen, bringen sie zum Ausdruck, daß nunmehr der alleinige Streitgegenstand geworden sind nicht nur die bis zur Erledigung der Hauptsache erwachsenen Kosten, sondern in gleicher Weise alle diejenigen Kosten, die weiterhin erforderlich sind, um eine gerichtl. Entsch. in der Instanz über die Kostentragung herbeizuführen. Alle diese Kosten bilden ein einheitl. Streitobjekt, das nunmehr zur Hauptsache geworden ist.

§ 569.

Telegraphische Einlegung der Beschwerde. Colmar 23. 10. 15, ElsLothJZ. 16, 357. Eine von einem RA. unterschriebene Beschwerdeschrift, welche durch den Telegraphen übermittelt wird, ist einem mit der Unterschrift des RA. versehenen Schriftsatz, der in Natur dem Gerichte überreicht wird, gleichzustellen. (Vgl. **RG.** 44, 369 für die Rev.-Schrift im Auseinandersetzungsverfahren des preuß. Ges. v. 18. 2. 80; ferner **RG.** in Strafs. 9, 39; 10, 16 6.)

§ 575.

1. München 14. 9. 17, R. 17 Nr. 1864. Hat das AG. aus formellen Gründen abgewiesen, das LG. aufgehoben und das AG. zur Sachentscheidung angewiesen, so ist die weitere Beschwerde zwecks Erwirkung endgültiger Sachentscheidung zulässig. Der landgerichtl. Beschluß enthält eine den Gläubiger beschwerende Endentscheidung, nicht bloß eine vorläufige Verfügung. Es ist ihm auch nicht zuzumuten, an Stelle der weiteren Beschwerde die neue Entsch. des AG. und LG. abzuwarten und damit eine Verzögerung hinzunehmen.

2. Prüfung von Amts wegen. Kiel 25. 1. 17, SchlHolstAnz. 17, 112. Der Grundsatz, daß über Parteianträge nicht hinausgegangen werden darf, gilt im Beschwerdeverfahren insofern nicht, als es sich um die Befolgung einer von Amts wegen zu beachtenden Vorschrift handelt. (Daher wurde, nachdem die Ehefrau eines Kriegsteilnehmers gegen einen Versteigerungsbeschluß Erinnerung eingelegt und das AG. hierauf nur eine dreimonatige Zahlungsfrist bewilligt hatte, auf die Beschwerde des Gläubigers vom LG. die ZwVollstreckung gemäß § 5 Ziff. 1 KTSchG v. 4. 8. 14 schlechthin für unzulässig erklärt, was das OLG. billigte, obwohl damit eine dem Beschwerdeführer ungünstigere Entsch. getroffen wurde.)

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Schrifttum: Salomon, Über die Zulässigkeit der Restitutionsklage des § 580 Nr. 7b in Ehesachen, KGBl. 17, 82.

§ 579.

Nr. 4. Zustellung des Urteils an den unrichtigen gesetzl. Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei. **RG.** 2. 3. 17, BayRpflZ. 17, 221, JW. 17, 605 GruchotsBeitr. 61, 666, LeipzZ. 17, 982, R. 17 Nr. 876, WarnE. 17, 409. (Es handelte sich darum, ob der Lauf der Berufungsfrist in Bewegung gesetzt wurde, obwohl das Urteil nur dem Gemeindevorsteher zugestellt war, der nach § 44 LGO. für die Rheinprovinz nur mit dem Bürgermeister zusammen gesetzl. Vertreter der Gemeinde war. Die Frage wurde vom OLG. und RG. bejaht.) Das Urteil, das ergeht, ohne daß die Partei ordnungsmäßig gesetzlich vertreten ist, ist kein völliges Nichts, kein Nichturteil, dessen Scheinwirksamkeit jederzeit im ZwVollstrVerfahren oder durch eine negative Feststellungsklage beseitigt werden könnte. Dies erkennt die ZPO. dadurch an, daß sie für den Fall des Erlasses eines solchen Urteils in § 579 Nr. 4 die Nichtigkeitsklage gibt. Die Nichtigkeits- wie die Restitutionsklage setzen nach § 578 Abs. 1 ein durch rechtskräftiges Urteil geschlossenes Verfahren voraus. Ob dies auch für die Nichtigkeitsklage des § 579 Nr. 4 gilt, ist zwar

streitig, aber mit **RG.** 7, 361; 61, 418 anzunehmen. (Es wird näher ausgeführt, aus § 586 Abs. 3 ergebe sich, daß das Urteil rechtskräftig werden könne, obwohl die Partei in dem Verfahren nicht nach dem Gesetze vertreten gewesen und ohne daß das Urteil ihr selbst oder ihrem richtigen gesetzl. Vertreter zugestellt worden sei.) Die gegenteilige Meinung würde auch mit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs schlechthin unvereinbar sein. Sie würde bei allen Urteilen, die eine nicht prozeßfähige Partei betreffen, die Möglichkeit eröffnen, ohne jede Zeitbeschränkung, insbesondere sogar noch im ZwVollstrVerfahren, die rechtl. Wirksamkeit mit der Behauptung anzufechten, die Partei sei im Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen.

§ 580.

Nr. 7b. 1. Voraussetzungen der Benutzung des nachträgl. Urkundenbeweises. **RG.** 16. 10. 16; 89, 1, JW. 17, 164, R. 17 Nr. 92, SeuffA. 72, 273. Im Falle des § 580 Nr. 7b handelt es sich um die Benutzung zur Führung eines nachträgl. Urkundenbeweises: der Restitutionskl. hat zu beweisen, daß er jetzt zur Beweisführung imstande wäre, während er es vordem nicht war. Dabei stehen sich aber die verschiedenen Formen der Antretung des Urkundenbeweises gleich: § 420, §§ 421ff., §§ 428ff., §§ 432ff. Im gegebenen Falle handelte es sich um eine Urkunde, deren Vorhandensein dem Restitutionskl. bereits im rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren bekannt gewesen war. Sie befand sich in den Händen eines Dritten, Anträge aus §§ 428ff. waren nicht gestellt worden. RG. bemerkt: a) Das Buch war an sich benutzbar, nur mußte für den praktischen Zweck der Beweisführung sich die Partei Wissenschaft von seinem Inhalte verschaffen, also die Vorlegung des Buches erlangen. Daß sie dies nicht tat, nicht einmal versuchte, kann ihr keinen Wiederaufnahmegrund verschaffen.

b) Der Wortlaut des Ges. spricht nur vom „benutzen". Daß damit nur ein Benutzen in dem Sinne zu verstehen wäre, wie es an sich die Beweisantrittserklärung voraussetzt — mit Kenntnis der Erheblichkeit des Beweiswertes —, liegt in dem Worte nicht, das vielmehr auch die Benutzung zur voraufgehenden Information decken kann. (Gegen den letzteren Grundsatz Kann, JW. 17, 164 Anm. 12.)

2. Zulässigkeit der Klage aus Nr. 7b in Ehesachen. Salomon 82. (Nachdem die Ehe auf die Klage des Mannes rechtskräftig geschieden war, fand die Frau Briefe, die den Beweis für ein ehewidriges Verhalten des Mannes zu erbringen geeignet waren. Ist die Restitutionsklage zulässig mit dem Ziele, daß die Ehe auch auf ihre Widerklage geschieden und der Mann für mitschuldig erklärt werde?) S. bejaht die Frage nicht nur für den Fall, daß die Widerklage der Frau auf Grund desselben Tatbestandes abgewiesen ist, zu dessen Beweis die aufgefundenen Schriftstücke dienen sollen (**RG.** 82, 269), sondern auch daß für den Fall, daß das neue Vorbringen gegenüber dem früheren eine Änderung des Klagevorbringens enthält (sonst verneint von **RG.** 87, 267), weil in dem bezeichneten Falle nach Rechtskraft des Scheidungsurteils die Restitutionsklage das einzige Mittel ist, durch welches die Frau den neuen Klagegrund geltend machen kann. Endlich wird ausgeführt, daß die Restitutionsklage auch zum Zwecke der Erhebung einer neuen Widerklage zulässig sei. Es wäre unbillig, die Partei, die in Erkenntnis der Beweisschwierigkeiten die Erhebung der Widerklage unterlassen hat, schlechter zu stellen, als die Partei, welche mit der erhobenen Widerklage abgewiesen ist. Nur wenn in dem früheren Verfahren die Scheidungsklage des Mannes abgewiesen war, ist die Restitutionsklage unstatthaft, weil dann einer neuen Klage auf Grund des entdeckten urkundl. Materials nichts im Wege steht (**RG.** 35, 343).

§ 589.

Zulässigkeit der Restitutionsklage. **RG.** 9. 3. 17, R. 17 Nr. 884, WarnE. 17, 236. Von der Nichtbeachtung der gesetzl. Form und Frist abgesehen, ist die Restitutionsklage nach § 589 nur dann unzulässig, wenn sie an sich nicht statthaft ist, d. h. wenn die Behauptungen des Restitutionskl. über den Grund der Wiederaufnahme des Verfahrens

den Anforderungen des § 580 nicht entsprechen. Davon, ob diese Behauptungen sachlich zutreffend sind oder nicht, hängt die Zulässigkeit der Restitutionsklage nicht ab (**RG.** 75, 53 u. WarnE. 16, 482, JDR. 15).

Fünftes Buch. Urkunden und Wechselprozeß.

§ 593.

Ein Befreiungsanspruch ist im Urkundenprozesse nicht verfolgbar. **RG.** 16. 3. 17, JW. 17, 546, R. 17 Nr. 885, WarnE. 17, 236. LG. und KG. hatten den Urkundenprozeß zugelassen und angenommen, der streitige Befreiungsanspruch sei seinem Sinne und Zweck nach auf Zahlung des Steuerbetrages durch den Bekl. an Stelle und für Rechnung des Kl. gerichtet. Die Zahlung sei wenigstens der Regelfall bei Ansprüchen auf Befreiung von einer Schuld. RG. hat dies gemißbilligt und den Zahlungsanspruch als sachlich ungerechtfertigt (§ 597 Abs. 1 ZPO.) abgewiesen. Es mag sein, daß die Befreiung von einer Geldschuld in den weitaus meisten Fällen durch Zahlung des Schuldbetrages an den Gläubiger des Befreiungsberechtigten bewirkt wird. Die Befreiung ist jedoch auch in anderer Weise möglich, z. B. durch Schuldübernahme (§ 414 BGB.) oder durch Aufrechnung (§ 395), und es steht durchaus im Belieben des Befreiungsberechtigten, auf welchem der ihm offenstehenden Wege er seine Verpflichtung gegenüber dem Befreiungsberechtigten erfüllen will. — Es macht für den Verpflichteten einen wesentlichen Unterschied, ob der Befreiungsberechtigte mit ZwVollstr. wegen einer Geldforderung gegen ihn vorgehen kann (§§ 803ff. ZPO.), oder ob den Gegenstand der Verurteilung die Vornahme einer Handlung bildet (§§ 887, 891 ZPO.).

§ 596.

Zulässigkeit der Abstandnahme auch beim Mangel in den Prozeßvoraussetzungen und Klageerfordernissen. Kiel 21. 6. 17, SchlHolstAnz. 17, 213. Hat ein Kl. vom Urkunden- oder Wechselprozeß Abstand genommen und den zuvor auf die Urkunde oder den Wechsel gestützten Anspruch nunmehr in anderer Weise begründet, so wäre es gegen den Sinn des § 596, ihn auch jetzt noch prozeßrechtlich an einer Verfahrensart festzuhalten, von der er loskommen wollte und zulässigerweise Abstand genommen hat. Daß ein solcher Kl. nicht mehr an die einengende Bestimmung des § 595 gebunden ist, insoweit es sich um die Beweismittel handelt, ist selbstverständlich. Warum in dieser Hinsicht ein Mangel in den Voraussetzungen der von ihm verlassenen Prozeßart im ordentl. Verfahren unheilbar sein sollte, ist unerfindlich und hat im Ges. keinen Anhalt. (Gegen Stein (11) § 596 IV 1.)

§ 600.

Einwand der unwirksamen Protesterhebung im Nachverfahren. Kiel 20. 1. 17, OLG. 35, 171, SchlHolstAnz. 17, 110. (Die Bekl. waren im Wechselprozesse mit dem Einwand des am unrichtigen Orte erhobenen Protestes nicht gehört worden, weil sie den ihnen obliegenden Beweis mit dem in diesem Verfahren unzulässigen Beweismittel der Zeugenbenennung angetreten hatten.) Der Vorbehalt der Ausführung der Rechte berechtigte die Bekl. im Nachverfahren wiederum, die Abweisung der Klage wegen Unwirksamkeit des Protestes zu verlangen, denn bindend ist das im Urkundenprozesse ergangene Urteil für das Nachverfahren nur insoweit, als es nicht auf der eigentümlichen Beschränkung des Verfahrens im Urkundenprozeß beruht.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Schrifttum: Friedrichs, Der Entmündigungsstreit im Königl. Hause, DJZ. 17, 988. — Hantsch, Anhaltungs- und Entmündigungsverfahren, AÖstGZ. 17, 383. — Kluck-

hohn, Das Erfordernis der „Beschwer" bei der Einlegung der Berufung in Ehescheidungssachen, BayRpflZ. 18, 349. — Petschek, Prozeßrechtliches über die Bestreitung der ehelichen Geburt nach neuem Recht, AÖstGZ. 17, 98. — Rojic, Die Kosten des Verfahrens nach der Entmündigungsordnung, AÖstGZ. 17, 161. — Rudolf Schmidt, Der richterliche Eid, 1917. — Silberschmidt, Zur Zuständigkeit für Ehescheidungsklagen von Schweizern in Deutschland, NiemeyersZ. 27, 272.

§ 606.

1. Gerichtsstand des letzten Inlandwohnsitzes der Frau für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Ehe. Karlsruhe 28. 3. 17, LeipzZ. 17, 1012, OLG. 35, 358. Auch insoweit die Klage nicht als Nichtigkeitsklage i. S. des 6. Buchs der ZPO. aufzufassen war, erschien der inländ. Gerichtsstand des § 606 Abs. 3 dafür als als gegeben, da die dadurch zum Schutz der deutschen Ehefrau begründete Zuständigkeit in Fällen vorliegender Art ihren Zweck nur dann zu erreichen vermag, wenn sie über den Gesetzeswortlaut hinaus auch auf Feststellungsklagen wegen des Nichtbestehens der Ehe ausgedehnt wird.

2. Deutsche Gerichte sind für Ehescheidungsklagen von Österreichern unzuständig. KG. 3. 4. 17, JW. 17, 739, KGBl. 17, 44. § 81 Ziff. 3 ÖsterrExO. v. 27. 5. 96 bestimmt ausdrücklich: Die Bewilligung der Exekution oder der begehrten Exekutionshandlung ist — zu versagen, wenn der Exekutionstitel den Personenstand eines österr. Staatsangehörigen betrifft und gegen letzteren vollzogen werden soll. Es ist also damit ganz allgemein und namentlich auch ohne Rücksicht auf das religiöse Bekenntnis der Parteien (vorliegend waren sie Israeliten) ausgesprochen, daß ein etwa im Ausland ergehendes Ehescheidungsurteil im österr. Heimatsstaate der Parteien nicht anerkannt wird. (Ebenso **RG.** 85, 153, Österr. ObGH 17. 12. 07 Amtl. S. 44, 819; 39 Nr. 1870; anders KG. OLG. 29, 139).

3. Staatsangehörigkeit der Einwohner Russisch-Polens. **RG.** 22. 3. 17, BayRpflZ. 17, 219, DJZ. 17, 829, GruchotsBeitr. 61, 827, LeipzZ. 17, 984, R. 17 Nr. 1121, WarnE. 17, 194. Die Auffassung, daß die Polen während des Übergangsstadiums keinem Staate angehören und deshalb § 606 Abs. 4 ZPO. überhaupt nicht zutreffe, ist unrichtig. Die gegenteilige Auffassung hat in der Wahlordnung für die Städte des Generalgouvernements Warschau v. 1. 11. 16 Ausdruck gefunden, indem dort im § 1 das aktive Wahlrecht u. a. von der Staatsangehörigkeit im Königreich Polen abhängig gemacht ist. Vgl. zu § 549, 4c.

4. Ehescheidungsklagen von Schweizern in Deutschland. Silberschmidt 274. Die Zuständigkeit ist nach Art. 5 Ziff. 2 des Haager Ehescheidungsabk. in Verb. mit § 606 Abs. 4 begründet, wenn beide Ehegatten ihren gemeinsamen Wohnsitz in Deutschland haben oder wenn dort wenigstens der Bekl. wohnt oder wenn die Gerichtsbarkeit des letzten gemeinsamen Wohnsitzes nach Satz 3 begründet ist. In diesen Fällen ist die deutsche Zuständigkeit auch nach den Gesetzen des schweiz. Ehemanns begründet. Wenn die Gerichtsbarkeit des Heimatsstaats keine ausschließliche ist, wie nach schweizer. Rechte, so genügt es, wenn, wie die Schweiz durch den Beitritt zu dem Abkommen erklärt hat, der Gerichtsstand des Wohnortes gemäß Art. 5 Ziff. 2 des Abkommens zugelassen ist.

§ 613.

Keine Haftung des Armenanwalts für den zur Vollmacht seiner Partei erforderlichen Landesstempel. LG. I Berlin 8. 10. 17, JW. 17, 982.

§§ 614, 616.

1. Bedeutung der Nichterwähnung früher vorgebrachter Scheidungsgründe. **RG.** 22. 1. 17, R. 17 Nr. 446. Im Scheidungsprozesse ist der Kl. durch § 616 gezwungen, sämtliche ihm bekannte Scheidungsgründe geltend zu machen, widrigenfalls sie später ausgeschlossen sind. Beschränkt er sich darauf, von den mehreren Klagegründen nur einen vorzutragen, so kann dies der Regel nach nur bedeuten, daß er diesen Grund als

den hauptsächlichen ansieht, der schon allein zur Scheidung ausreicht, daß er eventuell aber auch die anderen Gründe zur Erreichung des Klageziels heranziehen will.

2. Zulässigkeit der Anfechtung des Urteils durch den obsiegenden Kl., um den Verzicht auf die Urteilsfolgen zur Geltung zu bringen? Kuckhohn 349 bekämpft die Rechtspr. des **RG.** (vgl. zuletzt 30. 3. 16, JDR. 15, 1), welche die Frage bejaht. Nach allg. Grundsätzen kann über die Einzelbestimmungen des Ges. hinaus der allgemeine Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der Ehe nur dann zur Geltung gelangen, wenn sich Lücken oder Widersprüche im Ges. zeigen. Dies ist nach §§ 614, 616 nicht der Fall. Mag auch der Standpunkt des RG. vielleicht de lege ferenda Beachtung verdienen, nach geltendem Rechte verlangt die Einlegung der Berufung auch in Ehescheidungssachen stets das Vorhandensein einer Beschwer.

§ 615.

Geltendmachung der Formmängel einer im Auslande geschlossenen Ehe. Unzulässigkeit der Verbindung einer Anfechtungsklage mit der hierauf gestützten Feststellungsklage. **RG.** 21. 12. 16, JW. 17, 364, LeipzZ. 17, 924, R. 17 Nr. 447—449, 451. In erster Inst., wo als Klagegrund lediglich angeführt war, die Ehe sei schon nach engl. Recht wegen falscher Altersangabe nichtig, lag eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Ehe (§ 638 ZPO.) vor, als Nichtigkeitsklage im engeren Sinne (§§ 631ff.) kann die Klage nicht aufgefaßt werden, weil keiner der Nichtigkeitsgründe des deutschen Rechts (§§ 1323ff. BGB.) geltend gemacht war. — Dagegen ist gerade die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe der Weg, auf dem die Formmängel einer im Ausland geschlossenen Ehe geltend zu machen sind. In zweiter Inst. hatte der Kl. erklärt, er stütze seinen Antrag vorerst nicht mehr auf engl. Recht, mache dagegen geltend, daß die Ehe nach deutsch. Recht nichtig sei, weil sie ohne Zustimmung des gesetzl. Vertreters geschlossen worden sei, daß sie aber auch nach dem österr. — als dem für die Bekl. maßgebenden — Rechte nichtig sei, weil die Formvorschriften dieses Rechts, kirchliche Trauung und Einwilligung des VormG., nicht eingehalten seien. (Der Kl., deutscher Staatsangehöriger, hatte im Alter von 19 Jahren die Bekl., eine Österreicherin von 17 Jahren, in Dover geheiratet; in der Heiratsurkunde war das Alter des Kl. fälschlich auf 21 Jahre angegeben.) Das BG. hat ganz zutreffend die Klage in der ersten Richtung als Anfechtungsklage nach §§ 1331, 1341 BGB., in der zweiten Richtung als die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe im eben erörterten Sinne angesehen. Es hat geglaubt, trotz der Vorschriften in §§ 615 Abs. 2, 638 ZPO. über die Klage nach beiden Richtungen entscheiden zu sollen und hat sie nach beiden Richtungen für unbegründet erklärt. Das Verfahren des BG. steht nicht im Einklang mit §§ 615 Abs. 2, 638 ZPO.; es hätte nicht über die beiden Klagen, die der Kl. in der zweiten Inst. unzulässigerweise verbunden hatte, sachlich entschieden werden dürfen. Soweit die Urteilsbegründung hiergegen verstößt, muß sie in gleicher Weise behandelt werden, wie wenn beim Vorliegen einer unzulässigen Klageänderung in der Sache selbst erkannt ist, d. h. der unzulässige Zusatz muß als nicht vorhanden angesehen werden (JW. 02, 92, **RG.** 53, 35). — Welche von beiden Klagen die Fortsetzung der ursprüngl. Klage bildet, ist Sache der Auslegung einer Prozeßhandlung, die auch durch das RevG. erfolgen kann. (Es wurde angenommen, daß der mit wechselnder Begründung festgehaltenen Feststellungsklage die Anfechtungsklage unzulässigerweise angeschlossen war.)

§ 617.

1. Verzicht auf ungesetzliche Nichtvereidigung von Zeugen. **RG.** 11. 7, 17, WarnE. 17, 341. Der § 617 Abs. 2 ZPO. setzt in Ehescheidungssachen die Vorschriften über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung von Zeugen nur in Ansehung solcher Tatsachen außer Anwendung, welche die Scheidung begründen sollen.

2. Erlassung des Eides (Rudolf Schmidt* 152) bedeutet, daß die Erlassung unwirksam ist und der Richter den Eid abzunehmen hat. Verweigert der Schwurpflichtige die Leistung des Eides, so treten die gewöhnlichen Folgen der Eidesweigerung ein.

Dagegen ist der Richter nicht etwa befugt, die Bedeutung der Erlassung nach freiem Ermessen zu würdigen.

3. Unverzichtbarkeit der Vorschriften. RG. 22. 3. 17, R. 17 Nr. 1125. Der Rüge der Kl. steht nicht entgegen, daß sie selbst es gewesen ist, die den Eid zugeschoben hat. Die Vorschriften des § 617 unterliegen nicht der Parteiverfügung.

§ 618.

1. a) Einheitlichkeit der Entsch. über Klage und Widerklage. **RG.** 2. 10. 16, R. 17 Nr. 1122, 1123, WarnE. 17, 124. Die Erlassung eines Teilurteils nur auf die Klage oder nur auf die Widerklage, in denen beiden die Scheidung beantragt wird, ist in Ehesachen unzulässig, weil das eheliche Verhältnis im ganzen Gegenstand des Streits ist, und deshalb die Entscheidung nur einheitlich ergehen kann, wenn die Klage und Widerklage spruchreif ist (**RG.** 58, 316). Daher wurde im gegebenen Falle auch die ursprünglich über eine Verteidigungsbehauptung der Bekl. gemäß § 617 Abs. 2 ZPO. zugelassene Eideszuschiebung unzulässig, nachdem in der Berufungsinst. die Bekl. auf dasselbe Vorbringen ihre Widerklage gestützt hatte (**RG.** 49, 167, JW. 04, 391).

b) **RG.** 8. 2. 17, LeipzZ. 17, 1139, PosMSchr. 17, 24. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung und Entsch. in Ehesachen hat zur Folge, daß nicht auf Klage und Widerklage gesondert entschieden und geschieden werden darf, und daß es ebenso unzulässig ist, auf die eine bedingt, auf die andere unbedingt zu erkennen. (Das BG. hatte auf die Widerklage des Bekl. die Ehe geschieden und die Frau für schuldig erklärt, es dagegen im übrigen bei dem vom ersten Richter dem Bekl. auferlegten Eide belassen, bei dessen Leistung die Klage abgewiesen und bei dessen Verweigerung auch auf die Klage der Frau die Ehe geschieden und auch der Bekl. für schuldig erklärt wurde.) — Vgl. JDR. 15, 1.

2. Abs. 2. Ladung des ohne RA. erschienenen Bekl. im Eheprozesse. Meyer, R. 17, 416. Die Worte „Erscheint der Bekl. nicht" sind nach § 78 ZPO. so zu verstehen: „Erscheint kein RA. für den Bekl." Ob die Partei persönlich da ist, ist gleichgültig. Es fehlt an jedem verständlichen Grunde, in Abs. 3 den nach Abs. 2 nicht erschienenen Bekl. doch als gegenwärtig zu behandeln.

§§ 620, 621.

1. Keine Beschränkung auf einen Teil des Verfahrens. a) Braunschweig 7. 3. 16, OLG. 35, 172. Der Kl. hatte auf Herstellung des ehel. Lebens, die Bekl. widerklagend auf Scheidung nach § 1568 BGB. geklagt. Das LG. hatte das gesamte Verfahren auf ein Jahr ausgesetzt. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Die Aussetzung läßt sich nicht auf einen Teil des Verfahrens beschränken. Ihr Zweck wäre nicht erreichbar, wenn die Vorklage fortgesetzt und in dieser das Vorbringen der Widerklage verteidigungsweise vermerkt werden könnte.

b) München 10. 5. 17, OLG. 35, 99. Die Aussetzungsfrage ist wegen der Untrennbarkeit des Verfahrens in Ansehung der Klage und Widerklage zu würdigen. Dem Aussetzungsantrage kann nach § 620 S. 1 nur entsprochen werden, wenn in Ansehung des Widerklagebegehrens die Voraussetzungen des Satzes 2 für eine Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen vorliegen.

2. Aussetzung auf Grund des § 620 ZPO. schließt die Aussetzung nach Maßgabe des KTSchG. aus. Braunschweig 18. 5. 17, LeipzZ. 17, 1193. Ihrem Wortlaute nach versagt die Vorschrift des § 249 ZPO. zwar nur den von einer Prozeßpartei vorgenommenen Prozeßhandlungen die rechtl. Wirksamkeit. Wie aber aus Abs. 3 daselbst zu folgern ist und in Wissenschaft und Rechtspr. einmütig feststeht, können während der Aussetzung der Hauptsache in dieser auch keine gerichtl. Entscheidungen wirksam ergehen.

3. Zur Frage, ob die unterlassene Aussetzung zu begründen und ein besonderer Ausspruch darüber, daß keine Aussicht auf Versöhnung bestehe, erforderlich ist, vgl. **RG.** 20. 9. 17, WarnE. 17, 448.

§ 622.

Umfang der Prüfungspflicht. **RG.** 26. 9. 17, R. 17 Nr. 2066. (Die Ehe war wegen Irrtums über geistige Störung angefochten, gerügt wurde, daß das OLG. unterlassen, festzustellen, ob Ehenichtigkeit wegen geistiger Erkrankung vorgelegen, zumal eine Abweisung wegen Ehenichtigkeit dem Kl. günstiger gewesen wäre.) Das OLG. hatte nur über die angestellten Klagen zu entscheiden und konnte für ihre Abweisung beliebige Gründe wählen. Beeinträchtigt ist der Kl. nicht, weil er die angebliche Ehenichtigkeit nach wie vor mit der Nichtigkeitsklage geltend machen kann.

§ 625.

Zustellung von Amts wegen bei bedingter Entscheidung über die Schuldfrage. **RG.** 9. 3. 17, JW. 17, 547, LeipzZ. 17, 1081, R. 17 Nr. 887, SeuffA. 72, 203, WarnE. 17, 240. Auf Klage des Ehemanns hatte die erste Inst. auf Scheidung der Ehe erkannt und die Ehefrau für den schuldigen Teil erklärt. Die Ehefrau hatte Berufung eingelegt mit dem Antrage, die Entsch. aufzuheben und den Kl. für mitschuldig zu erklären. Das BG. hob das erste Urteil insoweit auf, als die Bekl. allein für schuldig erklärt wurde, und erkannte auf einen Eid des Kl., bei dessen Leistung die Bekl. für allein schuldig, bei dessen Verweigerung dagegen der Kl. für mitschuldig erklärt wurde. Die im Parteibetriebe erfolgte Zust. des Berufungsurteils wurde für wirkungslos erklärt. Wenn auch die Berufung der Bekl. nur die Schuldfrage betraf und im BU. auch nur über diese, und zwar bedingt, erkannt worden ist, so wurde doch durch die Einlegung der Berufung der Scheidungsausspruch der ersten Instanz seinem vollen Umfange nach bis zur rechtskräftigen Austragung der Sache an der Beschreitung der Rechtskraft gehindert (**RG.** 58, 307; 64, 315), und es würde, wenn die Zustellung des BU. den Parteien überlassen bliebe, ein Erfolg erreicht, der durch § 625 ZPO. gerade verhütet werden soll. Die Zustellungsfrage ist nicht ausschließlich vom Standpunkt des BU. aus ohne Rücksicht auf die erstinstanzl. Entscheidung zu beurteilen, sondern beide Urteile sind in ihrem Zusammenwirken für den gemeinschaftl. Endzweck, die Lösung der Scheidungs- und der Schuldfrage, in Betracht zu ziehen. (Es wird weiter ausgeführt, daß die Fälle **RG.** 48, 423 u. JW. 06, 391 anders lagen.)

§ 627.

1. Regelung des Verkehrs einer Partei mit den Kindern während des Ehescheidungsprozesses. a) Hamburg 20. 1. 17, OLG. 35, 100, R. 17 Nr. 450. Es ist in der Rechtspr. und Wissenschaft allerdings streitig, ob das ProzeßG. und nicht vielmehr das VormG. nach Analogie des § 1636 BGB. zur Regelung des Verkehrs der Kinder mit einer Partei zuständig ist. Diese Frage kann aber dahingestellt bleiben. Jedenfalls besteht neben einer etwa vorhandenen Zuständigkeit des VormG. die Zuständigkeit des ProzeßG. auf Grund des § 627 ZPO. Er erscheint im allgemeinen nicht zweckmäßig, daß das durch den Ehescheidungsprozeß über die betreffende Ehe unterrichtete ProzeßG. die Entsch. dem bis dahin mit dieser Ehe und den Kindern noch nicht befaßten VormG. überläßt. Vgl. auch Stuttgart 17. 11. 16, oben Ziff. II 1 zu § 1636 BGB. und JDR. 15, 4, Dresden 13. 4. 16, auch OLG. 35, 100.

b) Karlsruhe 13. 7. 17, BadRpr. 17, 103, OLG. 35, 345. Nach §§ 627 und 940 ZPO. könnte dem Antrage an sich wohl stattgegeben werden, wenn die Voraussetzungen des § 940 ZPO. gegeben wären. Eine derartige Regelung zu treffen, ist in erster Linie das VormG. berufen. (Im gegebenen Falle wurde ein Anlaß aus § 940 ZPO. verneint, da angenommen wurde, daß das leicht zu erreichende VormG. die erforderl. Maßnahmen mit der gebotenen Schnelligkeit vorkehren werde.) Vgl. auch Braunschweig 28. 4. 16, OLG. 35, 172.

2. Berücksichtigung des Ergebnisses des Hauptprozesses. Braunschweig 8. 6. 17, OLG. 35, 173. Richtig ist, daß für eine Verfügung nach § 627, soweit sie die Sorge für die Person der gemeinschaftl. Kinder regelt, der § 1635 BGB. nicht ausschlaggebend

sein kann (OLG. 27, 113), sondern in erster Linie das Interesse der Kinder maßgebend ist (OLG. 27, 87; 23, 199). Allein dadurch ist nicht ausgeschlossen, das Ergebnis des Hauptprozesses zu berücksichtigen. (Die Klage der Ehefrau, der das Getrenntleben mit den Kindern durch einstweilige Verfügung gestattet worden, war in erster Inst. abgewiesen worden. Der Ehemann beantragte Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände gemäß § 927 ZPO., die Klage wurde abgewiesen, da er nach dem Ergebnisse des Hauptprozesses weniger geeignet zur Erziehung der Kinder erschien als die Ehefrau.)

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§ 640.

1. *Rudolf Schmidt 137. In den Fällen der §§ 640 ff. ist der richterl. Eid anwendbar.

2. Verbindung der von der Mutter gegen das Kind gerichteten Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses mit einer den gleichen Zweck verfolgenden Klage gegen den Ehemann. **RG.** 9. 11. 16, BayRpflZ. 17, 117, Gruchots Beitr. 61, 493, LeipzZ. 17, 604, R. 17 Nr. 255, 256. WarnE. 17, 411. Der § 640 Abs. 1 spricht allerdings nur von einem Rechtsstreite zwischen Eltern auf der einen und dem Kinde auf der anderen Seite. Aber dadurch wird der gegen das Kind klagende Elternteil nicht gehindert, die Klage gleichzeitig auch gegen den seinen Ansprüchen widersprechenden anderen Elternteil in dem Sinne zu richten, daß der letztere das Ergebnis der gegen das Kind durchzuführenden Klage gegen sich gelten lassen muß; der Wortlaut der ZPO. ist hier in ähnlicher Weise ausdehnend auszulegen, wie dies **RG.** 50, 51 für die Zulässigkeit der Klage im Urkundenprozeß gegen den auf Duldung der ZwVollstr. in Anspruch zu nehmenden Ehemann ausgesprochen ist. (Es wird ferner ausgeführt, § 643 Satz 2 sei nicht dahin zu verstehen, daß dort nur eine Beteiligung i. S. der §§ 64 ff. ZPO. gemeint sei, die Klage also nicht auch gegen den anderen Elternteil gerichtet werden dürfe, sondern es seiner freien Entschließung überlassen bleiben solle, ob er sich am Verfahren als Intervenient beteiligen wolle.) Von vornherein ist keinerlei Grund ersichtlich, der dafür spräche, daß zwei getrennte Verfahren erforderlich sein sollten, um das einheitl. Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind festzustellen.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

Vorbem. *Rud. Schmidt 135. Im Entmündigungsverfahren ist der richterl. Eid ausgeschlossen.

§ 650.

BayObLG. 12. 7. 17, BayObLG. 18, 136. Die Überweisung der Verhandl. und Entsch. des EntmVerf. an das Gericht des Aufenthaltsorts des zu Entmündigenden ist dann nicht zulässig, wenn es nach der Sachlage für die richterl. Beurteilung ohne Einfluß ist, ob der zu Entmündigende vom erkennenden oder von einem ersuchten Richter vernommen wird.

§ 654.

Untersuchung durch den Sachverständigen. **RG.** 14. 6. 17, LeipzZ. 17, 1267. Darüber, daß jeder Sachverständige, der den Geisteszustand des zu Entmündigenden begutachtet, diesen vorher untersucht haben müsse, besteht keine Prozeßvorschrift.

§ 666.

Abs. 3. 1. Beitritt nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe. **RG.** 14. 6. 17, WarnE. 17, 360. Die Rev. bezweifelt, ob die Frau M. als nunmehr rechtskräftig geschiedene Frau des Kl. noch als Streitgenossin der StA. zuzulassen sei. Der Zweifel ist nicht begründet. Als Frau hatte sie gegen ihren damaligen Mann die Entmündigung beantragt, war also nach § 666 Abs. 3 zum Termin zu laden und hat als Streitgenossin

der Bekl. zu gelten. Dieser Prozeßbeteiligung steht nicht entgegen, daß sie infolge der Scheidung der Ehe ihre Antragsberechtigung hinterher verloren hat (**RG.** 30. 10. 07, JW. 07, 748).

2. Rechtl. Stellung des Streitgenossen im Falle des Abs. 3. **RG.** 1. 3. 17; 90, 42, JW. 17, 545. (Der Kl. war auf Antrag seiner Schwester, der RevKlägerin, wegen Geisteskrankheit entmündigt worden und hatte den Beschluß durch Klage gegen den Ersten StA. angefochten. Das LG. erkannte auf Aufrechterhaltung des Beschlusses mit der Maßgabe, daß die Entmündigung des Kl. wegen Geistesschwäche erfolgte. Die Antragstellerin legte Berufung ein, der StA. nahm am Verfahren teil und beantragte in der letzten mündl. Verhandlung Zurückweisung der Berufung, in dem er die Behauptungen der nicht verhandelnden RevKlägerin vortrug, sie aber nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme nicht für geeignet erklärte, eine Abänderung des erstinstanzl. Urteils zu rechtfertigen. RG. hat gebilligt, daß das BG. die Ber. als sachlich unbegründet zurückwies.) Der StA. ist dadurch, daß er den Antrag stellte, die Ber. zurückzuweisen, nicht Gegner der Antragstellerin und Streitgenosse des Kl. geworden. Das Ges. weist dem StA., sofern er nicht selbst als Kl. auftritt, in dem Verfahren auf Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses die Rolle des Bekl. zu (§ 666 Abs. 1 ZPO.); er ist daher mit Notwendigkeit auch Bekl., wenn er der Anfechtungsklage des Entmündigten zustimmt und sich dem Antrage des Kl. anschließt. (**RG.** 13, 432). Dem Antragsteller, der das Entmündigungsverfahren veranlaßt hat, versagt dagegen das Ges. im Anfechtungsprozeß eine selbständige Parteirolle, es gestattet ihm nur den Beitritt zu einer der beiden Hauptparteien mit der Wirkung, daß er als notwendiger Streitgenosse derjenigen Hauptpartei gilt, der er beigetreten ist. Der Antragsteller, der die Anfechtungsklage bekämpft, wird daher auch dann als Streitgenosse des StA. i. S. des § 62 ZPO. behandelt, wenn der StA. den Klageantrag unterstützt. Die Prozeßlage ist in diesem Falle die gleiche, wie wenn von zwei notwendigen Streitgenossen einander widersprechende Anträge gestellt werden, d. h. keiner der Streitgenossen kann grundsätzlich durch seine Prozeßhandlungen diejenigen des anderen verhindern oder vereiteln. Demgemäß vermag der StA. durch seinen Antrag auf Zurückweisung der Ber. des Antragstellers die Durchführung der Ber. nicht zu verhindern, es muß vielmehr von dem Gericht auf Grund der gesamten Sach- und Rechtslage über die Ber. in gleicher Weise entschieden werden, als wenn sich der StA. der Ber. angeschlossen hätte. — Der Vertretungsgrundsatz ist im § 62 für alle dort behandelten Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft ohne jede Einschränkung aufgestellt und muß, da für die notwendigen Streitgenossen kein gesetzl. Zwang zu gemeinsamem Handeln besteht, auch bei widerstreitendem Verhalten im Prozeß Anwendung finden. (Wird näher ausgeführt und insbesondere mit der Absicht begründet, mutwilliger Verzögerung des Rechtsstreits durch die Versäumnis der Termine durch einzelne Streitgenossen vorzubeugen.)

§ 672.

Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweil. Verfügung. KG. (23.) 21. 12. 16, OLG. 35, 102. Die Frage ist, ob die im § 672 vorgesehene einstw. Vfg. ergehen kann, bevor ein die Aufhebung der Entmündigung aussprechendes Urteil ergangen ist. Bei wiederholter Prüfung der Frage und besonders bei Würdigung des abweichenden Düsseldorf 3. 4. 13, OLG. 27, 117 mußte die frühere, die Frage bejahende Ansicht des Sen. (OLG. 23, 200) aufgegeben werden. Der zuletzt erwähnten Entsch. war darin beizutreten, daß schon der Wortlaut des Ges. der Zulässigkeit der einstw. Vfg. vor dem aufhebenden Urteil entgegensteht. Aus der Entstehungsgeschichte des Ges. geht hervor, daß dieses lediglich Zweifel über die Wirkung des die Entmündigung aufhebenden Urteils beseitigen, dessen vorläufige Vollstreckbarkeit ausschließen und im Anschuß an das Urteil vorläufige Maßregeln des ProzeßG. gestatten wollte.

§§ 678, 679.

Beschwerderecht bei der Wiederaufhebung der Entmündigung. Darmstadt 25. 9. 14, HessRspr. 18, 18. (Das AG. hatte auf den Antrag des wegen Geisteskrankheit Entmündigten die Entmündigung wieder aufgehoben, das LG. auf Beschwerde des StA. den Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Entm. nur noch wegen Geistesschwäche aufrecht erhalten werde. Die weitere Beschwerde wurde als unzulässig verworfen.) Nach §§ 678, 679 ist nur gegen den die Entm. aufhebenden Beschluß das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zugelassen, und zwar steht es nur der StA. zu. Wird dagegen die Wiederaufhebung der Entm. abgelehnt, so ist, auch wenn die Ablehnung erst in der Beschwerdeinst. erfolgt, nur die Wiederaufhebungsklage des § 679 zulässig, eine Anfechtung durch Beschwerde aber ausgeschlossen, wenn die Ablehnung auf sachlichen Gründen beruht. Die Milderung der Entmündigungsmaßregel ändert nichts daran, daß auch hier eine Ablehnung des Antrags auf Wiederaufhebung i. S. der genannten Vorschrift vorliegt.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

§ 691.

Zulässigkeit der Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluß des AG. LG. Naumburg 26. 11. 16, NaumburgAK. 17, 6. (Durch die angefochtene Vfg. hatte das AG. es abgelehnt, gegen den Schuldner, der einem Reserve-Armeekorps auf dem östl. Kriegsschauplatze angehörte, den beantragten Zahlungsbefehl zu erlassen, weil der Schuldner sich im Felde (Auslande) befinde. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde für zulässig erachtet.) Die Vorschrift des § 691 Abs. 3 bezieht sich nur auf den Fall, daß das Gesuch aus den in § 691 Abs. 1 u. 2 genannten Gründen zurückgewiesen wird. Unter die letzteren fällt der Grund, aus welchem im vorliegenden Falle das Gesuch zurückgewiesen ist, nicht. Denn nicht wegen Unvollständigkeit des durch § 690 vorgeschriebenen Gesuchsinhalts und nicht wegen mangelnder Begründung des Anspruchs ist das Gesuch zurückgewiesen worden, sondern deshalb, weil aus einem in der ZPO. selbst nicht vorgesehenen Grunde die Erlassung eines Zahlungsbefehls zurzeit überhaupt nicht zulässig sei. Die nach der allgemeinen Vorschrift des § 567 ZPO. gegen eine solche zurückweisende Vfg. zulässige Beschwerde ist durch die Sondervorschrift des Abs. 3 nicht ausgeschlossen worden. (In der Sache selbst wurde die Beschwerde für begründet erachtet, weil das AG., wie anzunehmen, davon ausgegangen sei, daß das Verfahren gegen den Schuldner gemäß § 2 Ziff. 1 u. 2 des KTSchG. v. 4. 8. 14 unterbrochen sei. Das sei unzutreffend, weil die Unterbrechung erst mit der Anhängigkeit, im Mahnverfahren also erst mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eintrete. → Das LG. hat aber anscheinend nicht beachtet, daß das Mahnverfahren nach § 688 Abs. 2 ZPO. unzulässig ist. Vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 2 473. ←)

§ 696.

1. Umwandlung des Anspruchs in einen betagten oder bedingten nach Erhebung des Widerspruchs und Überleitung in das ordentl. Verfahren. **RG.** 26. 4. 17; 90, 179, JW. 17, 722, R. 17 Nr. 1468, 1469. Der Ansicht der Rev., daß, weil der Rechtsstreit mittels Zahlungsbefehls eingeleitet wurde, im ganzen Laufe des darauf folgenden ordentl. Verfahrens das Klagebegehren keine Gestalt erhalten dürfe, die im Mahnverfahren unstatthaft sein würde, ist nicht zu billigen. Eine solche fortwirkende Beschränkung, für die kein Interesse ersichtlich ist, würde der Prozeßökonomie zuwiderlaufen und eine Einschnürung und Verkümmerung des aus dem Mahnverfahren herauswachsenden ordentl. Verfahrens zur Folge haben, die der Anwendung des Mahnverfahrens höchst abträglich sein würde.

2. Terminsanberaumung. AG. Angerburg 1. 11. 16 u. LG. Lyck 20. 12. 16, NaumburgAK. 17, 10. Bei erfolgtem Widerspruch im Mahnverfahren erfolgt auch nach

Einreichung der Klage die Anberaumung eines Verhandlungstermins nur auf Antrag. -> Die Praxis verfährt in der Regel wohl anders. <-

§ 697.

Versäumnisurteil gegen den Bekl., wenn der Anspruch nicht zur sachl. Zuständigkeit des AG. gehört. Hamm 18. 5. 17, BayRpflZ. 17, 352. Die Ansicht, daß das AG. auch nach vorangegangenem Mahnverfahren von Amts wegen seine sachl. Zuständigkeit zu prüfen habe, führt dazu, daß bei Ansprüchen, die zur Zuständigkeit des LG. gehören, das AG. die Klage gegen den nichterschienenen Bekl. abweisen muß. Dies aber hat die unannehmbare Folge, daß den Parteien, auch wenn sie beide darüber einverstanden sein sollten, daß der Rechtsstreit zur Vermeidung von Kosten bei dem an sich nicht zuständigen AG. bleiben soll, die Möglichkeit genommen wird, den Rechtsstreit durch das AG. entscheiden zu lassen, selbst wenn der Bekl. absichtlich nicht erscheint. Zustimmend Freymuth, BayRpflZ. 17, 352, der mitteilt, daß die großen AG. des Hammer OLG. regelmäßig in solchen Fällen das VU. gewähren. -> Auch in Groß-Berlin ist dies überwiegend ständige Rechtspr. <-

§ 699.

1. Zulässigkeit der Kostenfestsetzung auf Grund eines Vollstreckungsbefehls bejaht von KG. 31. 3. 17, KGBl. 17, 39, da der Vollstreckungsbefehl nach §§ 700, 794 Ziff. 4, 103 Abs.1 ZPO. ein zur Kostenfestsetzung geeigneter Titel ist. Vgl. JDR. 14

2. Zur Behandlung von Anträgen auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls, die nach Ablauf der Widerspruchsfrist gestellt werden, aber bei Gericht zugleich oder nach dem Widerspruche des Schuldners eingehen. VO. des sächs. JustizM. v. 4. 10. 17, KGBl. 17, 91 empfiehlt in solchen Fällen, wie es von seiten größerer AG. geschieht, so zu verfahren, daß das Gesuch des Gläubigers als durch den inzwischen eingegangenen Widerspruch erledigt angesehen wird. Dem Gläubiger, der von der Sachlage erst durch die Benachrichtigung nach § 694 Abs. 2 ZPO. Kenntnis erlangt, bleiben auf diese Weise die sonst unvermeidbaren Kosten der Zurückweisung seines Gesuchs (§ 37 Abs. 1 Ziff. 2 GKG.) erspart.

§ 701.

Verlängerung der Frist. Karlsruhe 10. 5. 17, BadRpr. 17, 101. Die Frist des § 701 ist eine „eigentliche" gesetzl. Frist i. S. der §§ 221ff. ZPO., sie kann daher auch gemäß § 224 durch Vereinbarung der Parteien verlängert werden. — Eine Fristbestimmung mit unbestimmtem Endtermin steht einem gänzlichen Mangel der Fristbestimmung gleich (JW. 03, 126).

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Schrifttum: Becker, Über Feststellung der Notariatsgebühren, PosMSchr. 17, 77. — Behrend, Die Bekämpfung unlauterer Interventionsprozesse durch § 419 BGB., R. 17, 330. — Deiler, Die vorläufige Vollstreckbarkeit der oberlandesgerichtl. Urteile, BayRpflZ. 17, 283. — Grabner, Die Natur des prozessualen Verzichts und Anerkenntnisses und des Prozeßvergleichs, GruchotsBeitr. 61, 65. — Goldschmitt, Schiffspfandrecht und Schiffskredit, BankA. 17, 335. — Hahn-Saida, Postscheckverkehr und Zwangsvollstreckung, JW. 17, 923. — Kočeva, Zur Frage der Vollstreckungsbeschränkungen und Stundung für Militärpersonen, AÖstGZ. 17, 259. Vgl. hierzu Rójic a. a. O. 324. — Langenbach, Postscheck und Zahlungsnachweis in der Zwangsvollstreckung, R. 17, 418 und 558. — Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32, auch als Sonderschrift 1917. — Ott, Zur Vollstreckung deutscher Urteile in der Schweiz, R. 17, 286. — Rójic, Vollstreckungsbeschränkungen und Stundung für Militärpersonen nach der VO. v. 28. 12. 16, AÖstGZ. 17, 217. — Siber, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im BGB., JheringsJ. 67, 195. — Derselbe, Die Prozeßführung des Vermögensverwalters nach dem deutschen BGB., 1917. — Wurzer, Die prozeßrechtl. Nichtigkeitsgründe des Prozeßvergleichs, RheinZ. 9, 169.

§ 706.

1. Rechtskraftzeugnis nach Zurücknahme der Berufung. Hamburg 3. 7. 17, HansGZ. 17 Bbl. 264. Das Rechtskraftzeugnis ist nicht zu erteilen, solange eine Anschlußberufung gemäß § 521 ZPO. möglich ist, und zwar auch wenn die zur Erhebung der Anschlußberufung berechtigte Partei durch Zurücknahme ihrer Berufung ihres selbständigen Rechtsmittels verlustig gegangen ist.

2. Zur Auslegung des Abs. 2. Naumburg 29. 6. 17, NaumburgAK. 17, 55. Dem Beschwerdeführer ist darin Recht zu geben, daß zum Nachweise der Rechtskraft die Bescheinigung des Gerichtsschreibers des höheren Rechtszuges nicht unbedingt erforderlich ist, der Gerichtsschreiber sich die Überzeugung auch auf anderem Wege, unter Umständen durch Ablauf der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Nichteinforderung der Akten verschaffen kann. (Trotzdem wurde im gegebenen Falle es gebilligt, daß noch nach 2 Wochen seit dem Ablauf der Berufungsfrist das Notfristzeugnis verlangt wurde. Vgl. dagegen Werner a. a. O. 56.)

§ 708.

Nr. 6. a) Keine Anwendung auf Renten aus § 845 BGB. Dresden 6. 12. 15, OLG. 35, 111. Es ist nicht angängig, den § 708 Nr. 6 unter entsprechender Anwendung auf den Fall des § 845 BGB. auszudehnen; denn daß Urteile, durch die die Renten der §§ 843, 844 BGB. zuerkannt sind, hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit ebenso behandelt werden wie Urteile, die die Verpflichtung zur Entrichtung von Unterhalt aussprechen, hat seinen Grund darin, daß die Verbindlichkeit zur Gewährung der bezeichneten Renten, wenn sie auch ihrem Rechtsgrunde nach nicht die Natur einer Unterhaltspflicht hat, doch sachlich dem gleichen Zweck dient, wie die letztere. Dies trifft aber auf die Rente des § 845 nicht zu, die deshalb auch nicht den Pfändungsbeschränkungen des § 850 Nr. 2, 3 ZPO. unterliegt.

b) Keine Anwendung auf Rentenermäßigungsurteile. Naumburg 22. 12. 16, NaumburgAK. 17, 19, vgl. zu § 323, 3 ZPO.

Nr. 7. Deiler 283 zeigt, daß die Praxis nicht immer die Folgerungen aus dieser Bestimmung (i. V. mit §§ 712 Abs. 2, 713 Satz 2) zieht. (Zustellung des Berufungsurteils nicht notwendig, Festsetzung der Kosten schon vorher statthaft, die Rückgabe der Sicherheit kann verlangt werden.)

§ 709.

KG. 28. 2. 17, KGBl. 17, 37 über einen Fall, in dem in der vorbehaltlosen Zahlung der Urteilssumme auf Grund des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils der Verzicht auf Einlegung des Rechtsmittels gefunden wurde. (Vgl. darüber, daß auch die freiwillig zur Abwendung der ZwVollstr. geleistete Zahlung grundsätzlich nicht echte, unbedingte Zahlung, zwar Vollstreckungshandlung i. S. der §§ 815, 819 ZPO., aber nicht materiell wirksamer Tilgungsakt ist, Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht 1916 S. 203/204.)

§ 715.

Keine Beschwerde bei Anordnung der Rückgabe der Sicherheit. Karlsruhe 18. 6. 17, BadRpr. 17, 103. Gegen die auf Grund des § 715 getroffene Anordnung der Rückgabe einer Sicherheit findet eine Beschwerde nicht statt. Die sof. Beschwerde nach § 109 Abs. 4 ZPO. findet nicht statt, weil in § 715 hierauf nicht verwiesen ist; die sof. Beschwerde nach § 793 ZPO. nicht, weil die Anordnung des Gerichts wegen Rückgabe der Sicherheit nicht einen Teil der ZwVollstr. bildet; die einfache Beschwerde nach § 567 ZPO. nicht, weil durch die Anordnung nicht ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wurde. (Vgl. **RG.** 47, 364.)

§ 717.

Aufrechnung gegen die Erstattungsforderung. Dresden 19. 10. 16, SächsOLG. 38, 197. Die Schadensersatzforderung aus § 717 Abs. 2 ZPO. ist keine Forderung

aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung; § 393 BGB. ist ihr gegenüber nicht anwendbar.

§ 719.

Keine Anwendung gegen den Fiskus nach ElsLothr. Recht. Colmar 15. 9. 16, ElsLothJZ. 17, 199, OLG. 35, 113. Nach § 4 elsloth. AGZPO. ist eine gerichtl. ZwVollstr. wegen Geldforderungen gegen den Fiskus unzulässig, insoweit nicht dingl. Rechte verfolgt werden. Die nur vorläufige Vollstreckbarkeit kann keine stärkeren Wirkungen haben als die endgültige aus rechtskräftigen Urteilen. Der § 719 bezweckt aber lediglich, den Schuldner gegen Schädigungen zu schützen, die ihm aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit entstehen können. Hier ist die eigentliche ZwVollstr. verboten, und aus der Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne können dem Bekl. keinerlei Nachteile erwachsen.

§ 722.

1. Über die Vollstreckung deutscher Urteile in der Schweiz. Ott 286. In den Kantonen Graubünden, St. Gallen und Argau werden deutsche Urteile nicht vollstreckt, trotzdem wiederholt das Gegenteil behauptet worden ist. Hingegen ist vom Kanton Bern zu Unrecht angenommen worden, er vollstrecke deutsche Urteile nicht.

2. Vollstreckung eines vor dem Kriege von einem russ. BezirksG. in Polen erlassenen Urteils. Posen 13. 12. 16, PosMSchr. 16, 111. Es handelt sich um ein ausländ. Urteil, aus dem gemäß § 722 eine ZwVollstr. im Deutschen Reich nur stattfinden kann, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist. Dieses VollstrUrteil wird aber nicht ersetzt durch die vom Sekretär des Kalischer Deutschen BezirksG. jetzt erteilte vollstreckbare Ausfertigung.

3. Erweiterung des § 722 Abs. 2. König, DRZ. 17, 282 empfiehlt, den § 722 Abs. 2 durch einen Zusatz dahin zu ergänzen, daß das AG., soweit für es nach § 23 GVG. eine sachl. Zuständigkeit besteht, auch zur Erlassung des Vollstreckungsurteils zuständig ist. Nach dem jetzt geltenden Recht bestimmt sich die Frage, ob das AG. oder das LG. das Vollstr.-Urteil zu erlassen hat, nach der allg. Zuständigkeitsvorschrift des § 23 Ziff. 1 GVG., also ohne Rücksicht auf die Art des Streitgegenstandes nur nach dessen Wert. Das hat in Gegenden, wo die arbeitende Bevölkerung in den Grenzbezirken häufig wechselt und nicht selten der Ausländer im Inlande Arbeit nimmt, seinen Wohnsitz im Auslande aber behält, erhebliche Mißstände zur Folge.

§ 726.

Kann der Schuldner den Fälligkeitsnachweis erlassen? Busch, ZBlFG. 17, 337. Nachdem das RG. den Verzicht des Schuldners auf die Einhaltung der Frist des § 798 für unstatthaft erklärt hat (**RG.** 83, 336, JDR. 13), dürfte zu erwarten sein, daß es vorkommenden Falles die obige Frage in gleichem Sinn entscheiden wird. Maßgebend für das RG. bei seiner Auffassung über die Unzulässigkeit der Abkürzung der dreitägigen Vollstreckungsfrist des § 798 ist der Wortlaut des Ges.: „die ZwVollstr. darf nur beginnen", der private Abänderungen ausschließt. Der gleiche Wortlaut findet sich auch in § 726: „eine vollstreckbare Ausfertigung darf nur erteilt werden usw." Vgl. JDR. 14 zu § 795, 2.

§ 727.

1. Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Nießbraucher. Nußbaum, JW. 17, 741 Anm. 7. Es empfiehlt sich, die Vollstreckungsklausel gegen den Nießbraucher lediglich zum Zwecke der Duldung der ZwVollstr. zu erteilen.

2. Umschreibung des Schuldtitels auf den jedesmaligen Nachlaßkonkursverwalter. Begriff der Rechtsnachfolge. a) Breslau 21. 11. 16, OLG. 35, 113. Der Verwalter ist im Prozeß nicht Vertreter der Erben des Gemeinschuldners, sondern selbst Partei kraft Amtes. Deshalb wurde mit dem Ausscheiden des alten Verwalters der neue Verwalter die zuständige Partei; damit trat aber auch eine Rechtsnachfolge i. S. des § 727 ein. Denn eine Rechtsnachfolge i. S. des Prozeßrechts liegt nicht

bloß vor, wenn die den Streitgegenstand bildenden materiellen Rechte und Pflichten auf einen anderen übergegangen sind, sondern ist überall anzunehmen, wo in Bezug auf die im Prozesse befangene Rechtssache an Stelle der bisherigen Partei eine andere Person tritt. Vgl. hierzu

b) Breslau 3. 10. 16, OLG. 35, 141. Durch eine bloße Firmenveränderung ohne Änderung der Gesellschafter wird keine Rechtsnachfolge i. S. der §§ 727, 750 begründet. Es handelt sich nicht um einen Rechtsübergang auf eine materiell an die Stelle des Gläubigers tretende dritte Person.

3. Vollstreckungsklausel gegen den Mann auf Duldung der ZwVollstr. in das Eingebrachte der Frau. KG. 19. 11. 15, KGJ. 49, 20. Der Ehemann als Nießbraucher des eingebrachten Gutes ist kraft Gesetzes deren Rechtsnachfolger i. S. der ZPO. (OLG. 26, 88). Hiernach kann an sich der Hypothekengläubiger gegen den Mann als den Nießbraucher eines der Frau gehörenden Pfandgrundstücks vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels beantragen. Vorausgesetzt wird hierbei aber noch, daß die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis durch öffentl. Urkunden nachgewiesen wird (§ 727). Der Nachweis, daß die Eheleute im gesetzl. Güterrechte leben, wird nicht etwa durch die Vermutung erbracht, daß ein vertragsmäßiges Güterrecht (§§ 1432 ff.) oder Gütertrennung (§§ 1426 ff.) nicht bestehe. Jedenfalls müßte noch durch eine Bescheinigung aus dem Güterrechtsregister nachgewiesen werden, daß eine Ausschließung oder Änderung des gesetzl. Güterstandes in das Register nicht eingetragen ist.

4. Ist der politische Zwangsverwalter Vertreter oder Rechtsnachfolger des Schuldners? Colmar II 2. 11. 16, ElsLothJZ. 17, 4. In Übereinstimmung mit der in den Beschlüssen des 1. Sen. v. 12. 5. u. 29. 9. 15, ElsLothJZ. 15, 210 und 393 vertretenen Ansicht ist davon auszugehen, daß der politische ZwVerw. wie ein gesetzl. Vertreter des Schuldners anzusehen ist, daß seine Vertretungsmacht sich aber sachlich auf einen ganz bestimmten Vermögenskomplex beschränkt. (Im Anschluß an Menner, JW. 16, 140 und LeipzZ. 16, 314. Vgl. Kriegsbuch 3, 707.)

§ 730.

Beschwerde gegen die Aufhebung oder Erteilung der Vollstreckungsklausel. Umfang des Prüfungsrechts. Ist Teilumschreibung zulässig? Posen 4. 4. 17, PosMSchr. 17, 67. Ein Beschluß, der die VollstrKlausel aufhebt, weist damit auch das Gesuch des Gläubigers um Erteilung dieser Klausel zurück. Dies Gesuch ist aber ein das Verfahren betreffendes. (Gegen Stein § 730 II.) — Auch die Zurückweisung der Einwendungen des Schuldners gegen die Erteilung der VollstrKlausel stellt sich dar als Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuchs. — Das LG. hat mit Recht geprüft, ob aus den vorgelegten Urkunden nicht erhellt, daß im gegebenen Falle die Abtretung die Wirkung einer Rechtsübertragung überhaupt nicht oder auch nur nicht im vollen Umfange gehabt hat. — Dem Gericht steht allein die Entsch. darüber zu, ob die erteilte Klausel aufrecht zu erhalten ist oder nicht. Zur Erteilung einer nur beschränkten Klausel ist es nicht befugt.

§ 731.

RG. 26. 5. 16, JDR. 15, 1 jetzt auch GruchotsBeitr. 61, 144, SeuffA. 72, 171 und WarnE. 17, 46.

§ 732.

Abs. 2. Einstellung der ZwVollstr. im Beschwerdeverfahren. München 22. 12. 16, R. 17 Nr. 267. Im Beschwerdeverfahren gilt nicht mehr Abs. 2, sondern nur noch § 572 Abs. 3. Letztere Vorschrift läßt aber lediglich Einstellung „vor der Entscheidung" zu. Zur Hemmung der einmal erlassenen Entscheidung wäre mangels entspr. Anwendbarkeit des § 770 nur das Gericht der weiteren Beschwerde und zwar erst nach deren Einlegung zuständig gewesen.

§ 733.

Zweite vollstreckbare Ausfertigung eines abhanden gekommenen Vollstreckungsbefehls? Hamburg 28. 6. 17, HansGZ. 17 Bbl. 199, LeipzZ. 17, 1192, SeuffA. 72, 232. Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung setzt ihrem Wesen nach voraus, daß sich eine Urschrift, von der die Ausfertigung zu erteilen ist, bei den Gerichtsakten befindet. Ist das nicht der Fall (wie in Preußen, Bayern, Württemberg, anders in Sachsen), so würde die Erteilung einer zweiten Ausfertigung tatsächlich mit der Herstellung einer neuen Urschrift gleichbedeutend sein. § 797 spricht denn auch ausdrücklich aus, daß die vollstreckbaren Ausfertigungen von dem Gerichtsschreiber des Gerichts zu erteilen seien, das die Urkunden „verwahrt". Dem Gläubiger bleibt daher nichts übrig, als ein neues Mahnverfahren einzuleiten oder Klage zu erheben. Der drohenden Einrede der Rechtshängigkeit kann er durch Zurücknahme der ersten Klage begegnen. Die Einrede der Rechtskraft steht der neuen Klage nicht im Wege. → Die Entsch. dürfte den Bedürfnissen des Rechtslebens nicht gerecht werden; sie enthält eine unnötige Erschwerung der Rechtsverfolgung. Da das AG. regelmäßig in der Lage ist, den Inhalt des Vollstreckungsbefehls aus den Akten und dem Mahnregister festzustellen, so besteht die Möglichkeit, i. S. des § 797 zu verfahren und einen 2. VollstrBefehl herzustellen. Vgl. Levin, JW. 13, 305 und die dort besprochene Vfg. des OLGPräs. in Breslau. ←

§ 739.

1. Was ist Streitgegenstand bei der Klage auf Duldung der ZwVollstr.? Siber. Die Prozeßführung des Vermögensverwalters 51. Streitgegenstand ist weder der Anspruch gegen die Frau noch ein von diesem verschiedener selbständiger Anspruch gegen den Mann oder das eingebrachte Gut. Ebensowenig beruht das Duldungsurteil auf einer eigenen Haftung des Mannes für die Schuld der Frau. Es gibt ferner keine der Nachlaßschuld entsprechende besondere Schuld des eingebrachten Gutes. Das Duldungsurteil ist auch nicht rechtsgestaltend. Streitgegenstand ist vielmehr nur die Feststellung, daß einer Vollstr. in das eingebrachte Gut der Frau das Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Mannes nicht entgegensteht.

2. Wie ist der Antrag auf Verurteilung eines Ehemannes zur Duldung der ZwVollstr. in das eingebrachte Gut seiner Frau zu begründen? Karlsruhe 9. 11. 16, BadRpr. 17, 2. Der § 739 gibt dem Gläubiger keinen materiellrechtl. Anspruch auf Duldung der ZwVollstr. gegen den Ehemann einer Schuldnerin-Ehefrau; solchen materiellrechtl. Anspruch gewähren nur die Vorschriften des BGB. über die Haftung der Ehefrau mit ihrem eingebrachten Gut ohne Rücksicht auf die daran bestehenden Nutzungs- und Verwaltungsrechte des Ehemannes. Zur tatsächl. Begründung des Duldungsantrages gegen einen Ehemann gehört daher, daß der Gläubiger darzulegen hat: es liegt ein Güterstand vor, bei dem eingebrachtes Gut der Ehefrau-Schuldnerin vorkommen kann, und es ist auf Grund des bestehenden Schuldverhältnisses das eingebrachte Gut der Frau ohne Rücksicht auf die Rechte des Ehemannes daran haftbar.

3. Vollstreckung eines Räumungsurteils gegen die Frau eines Kriegsteilnehmers. KG. 12. 1. 16, OLG. 35, 135. Zutreffend führt LG. aus, daß der Mann als Haushaltungsvorstand Inhaber der von ihm gemieteten Wohnung ist, und daß die Frau in seiner Abwesenheit als seine Besitzdienerin i. S. des § 855 BGB. anzusehen ist. Deshalb bedeutet die Vollstr. eines gegen die Frau erwirkten Räumungsurteils gleichzeitig auch eine Vollstr. gegen den Mann, und diese ist nur zulässig, wenn auch gegen den Mann ein Schuldtitel vorliegt, der ihn zur Räumung verurteilt. Vgl. hierzu

a) OLG. 35, 135 Anm. 1. Der GV. ist zur Nachprüfung der Richtigkeit des zu vollstreckenden Urteils nicht berufen. Wenn der Vermieter auf Grund des von der Frau geschlossenen Mietsvertrages von ihr die Räumung verlangt, so erklärt er damit, daß er sie als Mieterin ansieht. Diese Ansicht billigt der Richter, wenn er die Bekl. verurteilt.

b) LG. Hamburg 19. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 168. Ist der Schuldner eine Ehefrau,

so folgt daraus allein, daß sie den Mietsvertrag abgeschlossen hat, keineswegs, daß sie sich im Besitz befindet. Das mag dann zutreffen, wenn die Frau von ihrem Manne getrennt lebt und die Frau die Wohnung allein benutzt (OLG. 17, 193). Anders, wenn die Frau die häusl. Gemeinschaft teilt, der Ehemann noch als Haushaltungsvorstand in Betracht kommt und er nur vorübergehend abwesend ist. In diesem Falle ist die Frau Besitzdienerin (§ 868 BGB.). Ebenso

c) KG. 6. 6. 17, KGBl. 17, 67. Ein Schuldtitel gegen den Mann wird auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Schuldnerin die Mietwohnung, die sie und ihr Ehemann, der Beschwerdeführer, innegehabt hatten, als dieser zu den Fahnen einberufen wurde, inzwischen verlassen und die streitige Wohnung bezogen hat, nachdem sie den diese betreffenden Mietvertrag mit der Gläubigerin in Abwesenheit des Ehemanns allein und im eigenen Namen abgeschlossen hat. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Schuldnerin bezüglich dieser neuen Wohnung dasselbe tatsächl. Verhältnis herstellen wollte, wie es bei den früheren bestanden hatte, — und daß deshalb der Beschwerdeführer durch sie als Besitzdienerin den Besitz gemäß § 855 BGB. erworben hat.

§ 743.

Keine Verurteilung zur Leistung unter Beschränkung der Vollstreckung auf das Gesamtgut. **RG.** 1. 2. 17; 89, 361. Die Vorschrift des § 743, verglichen mit § 740, trägt lediglich dem Umstande Rechnung, daß von der Beendigung der Gemeinschaft an beide Ehegatten, nicht mehr der Mann allein, zur Verfügung über das Gesamtgut berechtigt sind. Es beruht also auf einem Rechtsirrtum, wenn das BG. annimmt, nach Beendigung der Gütergemeinschaft könnten beide Ehegatten zur Leistung der Gesamtgutsverbindlichkeit verurteilt werden, sofern nur die Vollstreckung auf das Gesamtgut beschränkt werde: Die Bekl. Witwe X. konnte nur zur Duldung der Vollstr. in das Gesamtgut verurteilt werden, weil sie in Ansehung der Klageforderung zu mehr nicht verpflichtet ist. Hiergegen kann auch nicht etwa eingewendet werden, daß sachlich zwischen einer Verurteilung zur Leistung unter Beschränkung der Leistung auf das Gesamtgut und einer Verurteilung zur bloßen Duldung der Vollstr. in dieses kein praktisch wesentlicher, rechtlich bedeutsamer Unterschied bestehe, oder gar das Berufungsurteil, wie es gefaßt ist, als Duldungsurteil ausgelegt werden könnte. (Wird näher ausgeführt.)

Vgl. auch Siber, Die Prozeßführung des Vermögensverwalters S. 51ff. insbesondere 58 Anm. 2.

§ 750.

Zustellung des Titels nach Einlegung der Beschwerde. Darmstadt 15. 5. 16, HessRspr. 18, 144. Die Zustellung kann auch noch nach Einlegung der Beschwerde nachgeholt werden (**RG.** 25, 368, JW. 93, 199).

§ 752.

1. Zwingende Natur der Vorschrift. Anwendung auf Zwangshypotheken. a) KG. 14. 12. 16, DJZ. 17, 239, KGJ. 49, 236, JW. 17, 53, LeipzZ. 17, 827, R. 17 Nr. 889. Die Verletzung des § 752 macht die ZwVollstr. unzulässig und die betreffende Zwangsmaßnahme nichtig. Das Ges. bietet keine Handhabe, die Tragweite der Vorschrift bei der Zwangseintragung anders zu beurteilen, wie bei der ZwVollstr. in das bewegl. Vermögen (für welche jene Grundsätze von KG. 21. 4. 15, OLG. 31, 89 ausgesprochen sind). Die Vorschrift nicht auf den Kriegsfall zu beziehen, ist angesichts der Begriffsbestimmung des RMG. über die Zugehörigkeit der „in Kriegszeiten" einberufenen Mannschaften zum aktiven Heere ausgeschlossen. (Vgl. PrJMV. v. 19. 3. 15, JMBl. 15, 61.) Eine Heilung des Mangels durch Verzicht ist ausgeschlossen, da der § 752 im öffentl. Interesse und zwar in erster Linie aus militärischen Rücksichten geschaffen ist. Eine Heilung kann jedenfalls auch durch bloße Entlassung des Schuldners aus dem Heeresdienste nicht eintreten. b) Nachträgliche Anzeige. Breslau 2. 2. 17, OLG. 35, 115.

Durch die Anzeige in Verbindung mit der tatsächlich bereits vorgenommenen ZwVollstr.-Maßnahme entsteht mit Wirkung ex nunc für die Zukunft eine wirksame Pfändung.

2. Die Unanwendbarkeit der Bestimmung beim Arrest, sowie bei der vorläufigen Beschlagnahme des § 845 ZPO. vertritt v. Harder, JW. 17, 91 im Anschluß an Klauser, JW. 16, 1459; vgl. JDR. 15.

3. Anwendbarkeit auch auf Kriegsgefangene. Jena 9. 7. 17, OLG. 35, 114, R. 17, 525. Die militärischen Interessen, die diese Bestimmung (neben denen der §§ 790, 904, 905 Nr. 2, 912 ZPO. und ähnlich den im § 15 Nr. 3 EG. vorbehaltenen) schützen soll, brauchen mit der Gefangennahme der Militärperson, gegen die sich die Vollstreckung richten soll, noch nicht weggefallen zu sein; jedenfalls ist nach dem Zwecke der Vorschrift der Militärbehörde allein vorbehalten, selbst darüber zu befinden. Daran ändert auch nichts, daß dem Schuldner ein Abwesenheitspfleger bestellt ist. Damit ist zwar für seine Vertretung gesorgt, aber nicht den militärdienstl. Interessen genügt, die der § 752 wahren will.

4. Über die Verpflichtung des AG., von sich aus die Anzeige an die Militärbehörde zu erstatten. Posen 23. 5. 17, PosMSchr. 17, 68. Das AG. ist in jedem Falle befugt, die Anzeige an die Militärbehörde selbst zu erstatten. Im gegebenen Falle wurde die Befugnis des AG. geradezu zu einer Verpflichtung, nachdem es — von seinem Standpunkt aus versehentlich — ungeachtet des angebl. Fehlens eines Nachweises der Anzeige schon zwei Eidesleistungstermine bestimmt und den Schuldner dazu geladen hatte und dadurch Kosten entstanden waren. Es durfte nun keinesfalls mehr die Erstattung der Anzeige, die es selbst bewirken konnte, der Gläubigerin auflegen und von Erfüllung dieser Auflage den Fortbetrieb des Verfahrens abhängig machen.

§ 761.

Rechtsmittel bei ZwVollstr. gemäß § 761 ZPO. Lubowski, R. 17, 37. Ein Rechtsbehelf gegen die Erlaubniserteilung aus § 761 ist nicht gegeben; die Erinnerung nicht, denn wenn der Antrag auf Erlaß der Verfügung schon ein Antrag aus § 766 ist, dann kann der Bescheid auf den Antrag nicht schon wieder gemäß § 766 angefochten werden. Die sofortige Beschwerde des § 793 ist ausgeschlossen, weil die Entsch. aus § 761 gar nicht gegen „den Schuldner" ergeht, sondern lediglich den GV. ermächtigt, nicht anweist, bei Nacht zu vollstrecken, überdies dem Schuldner nicht zugestellt wird.

§ 764.

Zur Regreßpflicht des Vollstreckungsrichters. **RG.** 5. 10. 17, KGBl. 17, 91. (Pflicht zur sorgsamsten Prüfung angenommen, aber grobes Verschulden unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage in Anbetracht der Tatsache verneint, daß der Bekl. zur Zeit des Erlasses des in Frage kommenden Beschlusses zwei richterl. Dezernate nebeneinander zu versehen hatte.)

§ 766.

1. Beschwerderecht des die Versteigerung ablehnenden Gerichtsvollziehers gegenüber Anweisungen des Gerichts. Colmar 26. 4. 17, ElsLothJZ. 17, 176. Der GV. ist gegenüber einer Entsch., die auf Grund des § 766 Abs. 2 zur Regelung seiner amtl. Tätigkeit vom VollstreckungsG. als der ihm übergeordneten VollstrBehörde erlassen wird, weder Partei, noch ein durch die ZwVollstr. betroffener Dritter. — Diesen Entscheidungen hat er sich als Glied der gerichtl. VollstrBehörde und als ihr unterstellter Beamter zu unterwerfen, ohne daß ihm dagegen das nur den am Verfahren Beteiligten gewährte Rechtsmittel der Beschwerde §§ 567ff., 793 ZPO. zustände. Nur insoweit die Entsch. nicht bloß seine Amtsverrichtungen regelt, sondern darüber hinaus für ihn eine persönl. Belastung zur Folge hat, ist ihm das Rechtsmittel zuzugestehen. (Das LG. hatte — zu Unrecht — einen GV. angewiesen, gegen einen Kriegsteilnehmer eine Versteigerung vorzunehmen und ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt. Der von ihm eingelegten sofortigen Beschwerde wurde nur wegen der Kosten stattgegeben, die nach

§ 91 ZPO. dem Schuldner als der unterliegenden Partei auferlegt wurden; in der Hauptsache wurde die Beschwerde zurückgewiesen, die Gerichtsgebühren des Beschwerdeverfahrens wurden aber gemäß § 6 GVK. niedergeschlagen.) Vgl. auch Rostock 22. 6. 16, JDR. 15, 3; jetzt auch OLG. 35, 116.

2. Geltendmachung der Abrede, von einem Vollstreckungstitel keinen Gebrauch zu machen. Stuttgart 30. 3. 17, R. 17 Nr. 890. Stellt die Abrede eine Stundung oder Beschränkung des Anspruchs selbst dar, so trifft § 767 zu. Bezieht sie sich auf die Geltendmachung eines schon rechtsgültig erworbenen Titels, insbesondere eines rechtmäßig erstrittenen Urteils, so ist der Weg des § 766 zu beschreiten. Hat die Abrede den Sinn, daß die vollstreckbare Urkunde dem Gläubiger nur zum Schein erteilt werde, um damit die andrängenden Gläubiger des angebl. Vollstreckungsgläubigers von zwangsweisem Vorgehen abzuhalten, so handelt es sich in erster Linie um die Rechtsbeständigkeit des Vollstreckungstitels als solchen. Um ihre Verneinung gegenüber dem Gläubiger, der die ZwVollstr. aus dem Titel betreibt, zu erwirken, ist die negative Feststellungsklage der richtige Rechtsbehelf. — Vgl. ferner § 767, 3.

§ 767.

1. Bedeutung eines Urteils, wonach der Bekl. verurteilt ist, eine bestimmte Summe zu zahlen „abzüglich seiner nachweisbaren Auslagen für die Verwaltung". Darmstadt 22. 3. 17, HessRspr. 18, 48. Dem Bekl. ist danach lediglich vorbehalten, seine nachweisbaren Auslagen aufzurechnen; die Aufrechnung konnte aber nur innerhalb der vom Prozeßrecht gesetzten Grenzen erfolgen, und sie mußte mithin, um gegenüber der Klageforderung wirksam zu werden, noch in demselben Rechtsstreit erfolgen, zu welchem Zwecke der Bekl. gegen das VU. Einspruch erheben mußte. Ist die Aufrechnung im Prozeß nicht erfolgt, so ist sie gegenüber der durch das Urteil festgestellten Forderung im ZwVollstrVerfahren nur noch unter den Voraussetzungen des § 767 Abs. 2 zulässig. (Daher wurde der Grundbuchrichter angewiesen, in Höhe der Urteilsforderung die Sicherungshypothek einzutragen.)

2. **RG.** 29. 9. 16, JDR. 15, 4 jetzt auch LeipzZ. 17, 60 u. GruchotsBeitr. 61, 496.

3. Bedeutung einer auf Beschwerde bewilligten Zahlungsfrist nach § 6 der HypothekenstundungsVO. v. 8. 6. 16. Breslau, JW. 17, 302. Steht die bewilligte Zahlungsfrist nach § 6 HypVO. v. 8. 6. 16 einer vom Gläubiger bewilligten Stundung gleich, so stellt das Verlangen einer solchen seitens des Bekl. sich gleichsam als Einwand der Stundung dar, der in erster Inst. verworfen, in zweiter Inst. als berechtigt anerkannt worden ist; das in erster Inst. vorläufig vollstreckbar gewesene Urteil ist in der Beschwerdeinst. dieser vorläufigen Vollstreckbarkeit beraubt worden. Hat der Gläubiger auf Grund des erstinstanzl. Urteils vollstrecken lassen, so ist der dagegen gegebene Rechtsbehelf nicht die Klage aus § 767, sondern das Verfahren, das der Kl. (neben der Klage) auf Grund der §§ 775, 776 in Lauf gesetzt und zum Erfolge geführt hat. — AM. Stillschweig, a. O. Anm. 3; der die Zahlungsfrist anordnende Beschl. des OLG. hat nicht die vorl. Vollstreckbarkeit aufgehoben, sondern lediglich die Vollstreckungszulässigkeit eingeschränkt. Der zulässige Rechtsbehelf ist die Erinnerung aus § 766, daneben die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 gegeben. Vgl. auch Pfeiffer, DRAZ. 17, 39.

§ 768.

Voraussetzungen für die Beschreitung des Klagewegs. Dresden 15. 6. 16, OLG. 35, 118, SächsOLG. 38, 52. Der Klageweg ist bei Anträgen, die darauf gehen, daß eine Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärt oder aufgehoben werden soll, nur statthaft, wenn einer der Fälle vorliegt, die in § 768 aufgeführt sind, und wenn außerdem der Grund, auf den der Schuldner den Antrag stützt, der in derselben Gesetzesstelle bezeichnete ist. Sonst gehören, wie aus §§ 732 und 797 Abs. 3 folgt, solche Anträge nicht auf den Klageweg, sondern in das Verfahren, das an diesen Stellen geordnet ist. Jener Grund, auf dem der Antrag fußen muß, wenn der Klageweg statthaft sein soll, ist, daß eine

oder die andere der besonderen Voraussetzungen fehlte, die nach den Bestimmungen, die in § 768 angezogen sind, bei der Erteilung der Klausel hätten vorhanden und bewiesen sein müssen. (Im Abschluß an **RG.** 50, 365. — Daher war vorliegend die Klage insofern nicht gegeben, als geltend gemacht war, daß „durch Erteilung der Vollstreckungsklausel noch ein zweiter Schuldtitel wegen desselben Anspruchs wie durch das Urteil geschaffen worden sei.")

§ 771.

I. Einzelne Fälle des Widerspruchsrechts. 1. Widerspruchsklage gegen die Pfändung einer nur zur Sicherheit abgetretenen Buchhypothek. Dresden 6. 3. 17, OLG. 35, 121, SeuffA. 72, 344. Dafür, ob ein Recht die Veräußerung im ZwVollstrVerfahren hindere, ist nicht lediglich die formale juristische, sondern die wirtschaftl. Vermögenszugehörigkeit entscheidend. Die Rechtslage des Gläubigers kann durch die Pfändung nicht günstiger gestellt werden, als die des Schuldners. Soweit es der Sicherungszweck nicht erheischte, blieb die Hypothek wirtschaftlich im Vermögen der Kl. Vgl. zu § 830, 2 ZPO.

2. Recht zur Geltendmachung der Mängel des Vollstreckungstitels. **RG.** 15. 6. 17, WarnE. 17, 457. Dem Widerspruchskl. muß es gestattet sein, dem bekl., sich auf § 1124 BGB. berufenden Vollstreckungsgläubiger gegenüber etwaige Mängel der Beschlagnahme und des ihr zugrunde liegenden Vollstreckungstitels zu rügen. Andernfalls wäre er, da er den Vollstreckungsschuldner nicht dazu zwingen kann, durch die ihm vom Ges. gegebenen Rechtsbehelfe den Titel zu beseitigen, außerstande, seinem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen.

3. Widerspruchsrecht bei der Sicherungsübereignung. Marck 131. a) Zum Vermögen des Sicherungsnehmers gehört seine Forderung gegen den Sicherungsgeber, diese aber mit allen Nebenrechten, insbesondere mit allen bestellten Sicherheiten. Der Gläubiger des SichNehmers kann sich also an die Forderung seines Schuldners gegen den SichGeber halten. Diese kann er pfänden und sich überweisen lassen. Damit gehen im gleichen Umfange die Nebenrechte auf ihn über, er erwirbt damit die Rechtsstellung des SichNehmers am Sicherungsgut mit allen Rechten und Pflichten. Wird diesem Grundsatz zuwider das Sicherungsgut beim SichNehmer, weil es in seinem Gewahrsam ist, gepfändet, so ist dem SichGeber, sofern er nur auf das obligatorische Rückforderungsrecht beschränkt ist, die Widerspruchsklage zu versagen, weil er sein Eigentum bedingungslos aus der Hand gegeben hat. Dem SichNehmer steht in diesem Falle zwar nicht die Klage aus § 771, wohl aber die Erinnerung aus § 766 zu. Die Vollstreckung in das Sicherungsgut ist unzulässig, der Gläubiger muß die Forderung pfänden. Die entsprechende Anwendung des § 838 ist angezeigt. Liegt aber die regelmäßige Sicherungsübereignung, d. h. die auflösend bedingte vor, so hat der SichGeber auf Grund seines mit dingl. Wirkung ausgestatteten Rückfallsrechts die Klage aus § 771. → Mit Rücksicht auf § 158 Abs. 2 BGB. ist dieser Satz auch vom Standpunkte Marcks aus nur richtig, sofern der SichGeber die Schuld gezahlt hat, da vorher die Bedingung noch nicht eingetreten ist. ← b) Grundsätzlich können sich fremde Gläubiger an das Sicherungsgut insoweit nicht halten, als das Sicherungsrecht des SichNehmers reicht. Bei bewegl. Sachen, die in das Gewahrsam des SichNehmers gelangt sind, ist pfändbar nur der Anspruch des SichGebers auf Herausgabe der Sachen nach Beendigung des Sicherungsverhältnisses im Falle des obligatorischen Rückforderungsrechts und die Pfändung des Rückfallrechts, wenn das Eigentum des SichNehmers auflösend bedingt ist. Im ersten Fall ist nach § 846 zu verfahren, im letzteren nach § 857, wobei § 847 zur Anwendung kommt. Entsprechendes gilt bei der Sicherungsübereignung von Grundstücken. Ist der SichGeber im unmittelbaren Besitz der Sachen, so steht der Pfändung zunächst nichts im Wege. Der SichNehmer kann jedoch der Pfändung nach § 771 widersprechen. Vgl. ferner zu § 805, 2.

II. Form des Antrages der Klage. Unzulässigkeit eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber einer Widerspruchsklage. Königsberg 21. 12. 16, Pos-

MSchr. 16, 128, SeuffA. 72, 278. Mit Recht lautet der Antrag der Klage dahin, die ZwVollstr. für unzulässig zu erklären. Wenn auch diese Fassung nicht vorgeschrieben ist, so ist sie doch von der Praxis nicht nur für zulässig, sondern für einzig und allein richtig erklärt worden[1]. Damit ist zugleich der Anspruch als nur prozessual gekennzeichnet. Er geht demnach nicht auf eine geschuldete Leistung, wie § 273 BGB. voraussetzt; es liegt überhaupt zwischen den streitigen Teilen kein Schuldverhältnis vor. Demgemäß ist ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Unzulässigerklärung der ZwVollstr. ausgeschlossen. (Vgl. Hamburg, BuschsZ. 27, 108.)

III. Glaubhaftmachung. Kostenentscheidung. Hamburg 27. 4. 17, OLG. 35, 41. Die Bemängelungen der eidesstattl. Erklärungen (von seiten des Bekl.) waren berechtigt; denn sie ergaben nichts darüber, daß die gepfändeten Sachen mit denjenigen Sachen identisch waren, die die Kl. gekauft haben wollte. — Bekl. konnte Beweise erwarten, da die Wohnung, in der gepfändet war, im Adreßbuch als Wohnung der Eltern der Kl., seiner Schuldner aufgeführt ist. Aus der Freigabe nach der Klage kann man nicht schließen, daß Bekl. auch nach verbesserter Glaubhaftmachung nicht freigegeben hätte.

IV. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. 1. Einstellungsantrag nur gegen den Schuldner. Colmar 6. 3. 16, ElsLothJZ. 17. 89. Der Antrag auf Einstellung der ZwVollstr. nach § 771 Abs. 3 kann nicht gegen den Schuldner gerichtet werden. § 771 läßt lediglich eine Verbindung der prozeßrechtl. Widerspruchsklage mit der zivilrechtl. Klage gegen den Schuldner zu.

2. Einstellung der ZwVollstr. aus einem auf die Herausgabe bewegl. Sachen gerichteten Schuldtitel. Dresden 7. 10. 16, LeipzZ. 17, 221, SächsOLG. 38, 194. Bei der ZwVollstr. wegen einer Geldforderung ist die Widerspruchsklage und deshalb auch die einstw. Einstellung erst zulässig, wenn der Gläubiger in bestimmte Gegenstände hat vollstrecken lassen. Anders verhält es sich bei der ZwVollstr. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen; denn hier sind die Gegenstände der ZwVollstr. bereits durch den Schuldtitel bestimmt. Hier würde eine Einstellung, die erst nach Beginn der ZwVollstr. verfügt wird, gegenüber den §§ 897, 898 ZPO. auch zu spät kommen, und sie muß daher auch schon vorher zulässig sein (**RG.** 32, 395; anders Stein II 2 zu § 771, Fußnote 51).

3. Einstweilige Anordnungen in bezug auf Vollstreckungsgelder. LG. Dresden 28. 4. 14, BuschsZ. 46, 426. Der dritte Eigentümer gepfändeter Sachen hatte im letzten Augenblicke Klage nach § 771 erhoben und Einstellung der Vollstreckung nach Abs. 3 a. a. O. erwirkt. Da die Ausfertigung des Beschlusses ihm noch nicht zugestellt war, lehnte der GV. die Beachtung des Widerspruchs ab. In dieser Zwangslage leistete der Gläubiger Zahlung und erwirkte beim ProzeßG. eine Abänderung der Anordnung dahin, daß der GV. zur Hinterlegung des gezahlten Betrages angewiesen wurde. LG. hat dies gemißbilligt: Die Zahlung des Dritten zur Abwendung der Versteigerung schafft keinen dem Versteigerungserlös ähnlichen Gegenstand der Vollstreckung. Sie erscheint vielmehr gerade als deren Beseitigung, sozusagen Ablösung durch einen rein auf dem Boden des bürgerl. Rechtsverkehrs stehenden Vorgang. Ein Widerspruch gegen die Vollstreckung i. S. des § 771 kann nunmehr für den Dritten nicht mehr in Frage kommen. Folgeweise stehen ihm auch die besonderen prozessualen Schutzmittel für solche Fälle nicht zur Verfügung. (Ausgeführt wird ferner, daß als mögliche vorläufige Entscheidung zur Vorbereitung des Streites nur die einstw. Vfg. in Frage kam.)

V. Bekämpfung unlauterer Interventionsprozesse. Behrend 332. Der Gläubiger kann der Interventionsklage entgegensetzen, daß dem Intervenienten diese Klage auf Grund des Vermögensübernahmevertrages (§ 419 BGB.) nicht zusteht, weil

---

[1] Vgl. **RG.** 26. 1. 17, R. 17 Nr. 1301, WarnE. 17, 136, wo es für bedeutungslos erklärt wurde, daß das BG. die auf „Freigabe" der gepfändeten Ansprüche lautende Verurteilung aufrecht erhalten hatte, weil damit nichts anderes gesagt sein sollte, als mit der Erklärung der Unzulässigkeit der Pfändung (**RG.** 67, 313; 70, 27).

er selbst schuldnerisch verpflichtet ist, die ZwVollstr. in den Gegenstand zu dulden. Vgl. JRD. 13, V u. JDR. 15, 4a.

§ 775.

1. Wirkung des vollstreckbaren Arrestaufhebungsurteils. Verhältnis zu den §§ 719, 707 und den §§ 775 Nr. 1, 776. a) München 9. 3. 17, OLG. 35, 123, R. 17 Nr. 888. Durch die Verkündung des vorläufig vollstreckbaren Arrestaufhebungsurteils erlöschen die bereits bewirkten Arrestpfändungen nicht von selbst; vielmehr ist wegen ihrer Aufhebung das zuständige Vollstreckungsorgan nach §§ 775 Nr. 1, 776 ebenso noch gesondert anzugehen, wie bei gewöhnl. Pfändungen. Das ist die notwendige Folge der begriffsmäßigen Verschiedenheit zwischen Arrestprozeß und Arrestvollzug. Wollte der Arrestkläger diese Pfändungsaufhebung verhüten, so mußte er schon in der Schlußverhandlung einen Antrag aus § 713 Abs. 2 ZPO. stellen. Ist dieser Antrag unterblieben, so erübrigt nur Einlegung der Berufung, Erwirkung einer Einstellung nach §§ 719, 707 und Vorlegung einer Ausfertigung dieses Beschlusses an das Vollstreckungsorgan. Hat letzteres inzwischen die Arrestpfändung antragsgemäß bereits aufgehoben, so ist das Pfandrecht ebenso erloschen, wie wenn der Arrest niemals vollzogen worden wäre (**RG.** 56, 146).

b) München 7. 3. 17, OLG. 35, 124, R. 17 Nr. 893, 894. Auf Grund des Arrestaufhebungsurteils hat das AG. schlechthin — und zwar ohne Antrag des Arrestbeklagten — über die Pfändungsaufhebung hinaus die „Einstellung der Vollstreckung aus dem Arrestbefehl" beschlossen. Allein die §§ 775, 776 ordnen nur die Hemmung und Aufhebung bestimmter Vollzugsakte. Das ist bei Vollstreckungen durch den Gerichtsvollzieher ganz klar, aber auch bei der gerichtl. Vollstreckung nicht anders. Als bloßes Vollzugsorgan der Anspruchspfändung konnte das AG. keinen allgemeinen Ausspruch auf Einstellung erlassen, der selbst wieder nach § 775 Nr. 2 alle anderen Vollzugsorgane binden würde.

2. Postscheck und Zahlungsnachweis in der ZwVollstr. Langenbach 568. Die Erfordernisse eines „Postscheins" erfüllt nicht nur die „Einlieferungsbescheinigung" nach § 6 Ziff. VI der Postscheckordnung v. 22. 5. 14 (RGBl. 565), sondern schon der gewöhnl. Lastschriftzettel (die an den Auftraggeber gerichtete Mitteilung des Postscheckamts über die Ausführung des Auftrages). Geht aus dem letzteren, im Gegensatz zur Einlieferungsbescheinigung, auch nicht Name und Wohnort des Empfängers hervor, so ist diese Lücke doch zu ergänzen durch die Angabe des Absenders auf dem Stamme des Überweisungs- oder Scheckheftes. Dagegen Hahn-Saida 923: einer Privaturkunde kann nicht eine Beweiskraft verliehen werden, die nur die öffentl. Urkunde haben soll. Die Eigenschaft der letzteren hat nur der besonderen Lastschriftenzettel des § 6 Ziff. VI a. a. O.

§ 777.

Anwendung auf die Sicherungsübereignung. Marck 130. Die Rechtslage ist durchaus verwandt, der zugrunde liegende Billigkeitsgrund trifft auch hier zu. Für den Sicherungsgeber wie für den Pfandschuldner ist es vielfach eine große Härte, wenn sein Gläubiger einerseits die Sicherheit behält und außerdem dem Schuldner noch seine übrigen Vermögensstücke wegnimmt. Bis zur Durchführung der Vollstreckung entbehrt er der Verfügung über das Sicherungsgut und die übrigen in Verstrickung geratenen Vermögensstücke. Unter Besitz ist im § 777 anerkanntermaßen auch der mittelbare Besitz zu verstehen.

§ 780.

1. Anwendung auf Pflichtteilsansprüche. Dresden 19. 10. 16, OLG. 35, 178, SächsOLG. 38, 251. Der § 780 redet zwar nur von dem Falle, daß der Bekl. als Erbe „des Schuldners" verurteilt worden ist, und die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten gehören (§ 1967 Abs. 2 BGB.) nicht zu den Schulden, die vom Erblasser herrühren, aber § 780 ist trotz seines (vielleicht ungenauen) Wortlauts auch auf die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten zu beziehen. Denn, abgesehen vom Wortlaut, liegt kein Grund vor, den Erben in bezug auf diese Schulden anders zu behandeln als in bezug auf jene. Auch wäre dem Antrag der Bekl. nicht nur dann stattzugeben, wenn schon feststände, daß

der Einwand begründet sei; vielmehr genügt es, wenn die eingekl. Verbindlichkeit eine solche ist, für die dem Bekl. ein Recht auf Beschränkung der Haftung entweder schon entstanden ist oder war oder künftig entstehen kann (RG. 69, 291), und dies ist der Fall. (Wird näher ausgeführt.)

2. Keine Erstreckung des Vorbehalts auf die Prozeßkosten. KG. 12. 1. 17, OLG. 35, 127. Der Vorbehalt des § 780 bezieht sich nicht auf die Prozeßkosten; der Erbe haftet vielmehr dafür nach feststehender Rechtspr. unbeschränkt. Wenn er aber den Anspruch, der auf die Haftung mit dem Nachlasse im Laufe des Rechtsstreits eingeschränkt ist, sofort anerkennt, so hat der Kl. die Kosten zu tragen. Denn er hat zuviel gefordert. Vgl. JDR. 15 Ziff. 3.

3. Geltendmachung im Offenbarungsverfahren. Rostock 14. 7. 17, OLG. 35, 177. Der Erbe ist, solange nicht die Einwendungen aus §§ 785, 767, 769, 770 erhoben sind und die Vollstreckung nicht eingestellt ist, aber auch nur so lange, zur Ableistung des Offenbarungseides auch in Ansehung seines gesamten Vermögens, einschließlich des persönl., verpflichtet. Denn das Offenbarungsverfahren ist ein Teil der Vollstr., die mit Anberaumung des Eidestermins beginnt und sich auch gegen das Eigenvermögen des Erben richtet.

§ 788.

1. Berechnung des Kurses einer in ausländ. Währung geschuldeten Forderung. Hamburg 27. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 96. Das Urteil soll derjenigen Sachlage genügen, wie sie z. Z. der Urteilsfällung vorliegt. Die Kl. kann deshalb, wenn zwischen Klageerhebung und Urteil eine ihr günstige Kursveränderung eintritt, auf Grund § 788 ZPO. die Klage erweitern.

2. Zum Begriff der Vollstreckungskosten. Hamburg 5. 6. 17, HansGZ. 17 Bbl. 287, OLG. 35, 127, SeuffA. 72, 279. Das Gesetz geht davon aus, daß als VollstrKosten nur liquide Kosten in Betracht kommen können. Um solche Kosten handelt es sich nicht, wenn nach rechtskräftiger Auflösung eines Gesellschaftsverhältnisses das Verfahren zur Ernennung eines Liquidators eingeleitet ist. Die Liquidation ist eine Maßnahme, die erst der Auflösung der Gesellschaft folgt. Sie enthält keine die Auflösung selbst betreffende VollstrHandlung.

3. Haftung des ZwVollstrSchuldners neben dem Antragsteller für die der Staatskasse entstandenen Gebühren. Stuttgart 13. 3. 17, R. 17 Nr. 919, WürttZ. 59, 219. Zusammenhang und Zweck des § 92 GKG. führen zu der Auffassung, daß § 788 durch die Hereinnahme in § 92 GKG. in dem Sinn zu einem Bestandteil dieser Vorschrift gemacht wurde, daß hier der Staatskasse in der Person des Schuldners, gegen den die Vollstreckung gerichtet ist, unmittelbar ein Schuldner der entstandenen Gebühren gegeben werden sollte.

§ 793.

Beschwerde nach Aufhebung der Pfändung? Celle 8. 11. 16, OLG. 35, 125. Wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß mit Unrecht aufgehoben ist, so entsteht die Frage, ob nicht bei Aufhebung des angefochtenen amtsgerichtl. Beschlusses entweder das LG. oder auf dessen Anordnung das VollstreckungsG. einen neuen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß von Amts wegen erlassen müßte oder ob nicht auf Grund des alten Pfändungsbeschlusses von neuem gepfändet und überwiesen werden müßte, und zwar ebenfalls von Amts wegen ohne besonderen Antrag des Kl. Wird also auch der Beschwerdeführer seine Endforderung, Wiederherstellung des alten Ranges, nicht durchsetzen können, da der frühere Rang durch die, wenngleich zu Unrecht, erfolgte Aufhebung des Pfändungsbeschlusses mit Rücksicht auf die Natur des Aufhebungsbeschlusses als Akt der Entstrickung endgültig verloren gegangen ist, so hat er doch an der allein beantragten Aufhebung des angefochtenen Beschlusses ein rechtl. und tatsächl. Interesse. — Anders für Sachpfändung Posen 8. 11. 16, JDR. 15, 1, jetzt auch OLG. 35, 126.

§ 794.

I. Ziff. 1. Der Prozeßvergleich. 1. Anfechtung des Prozeßvergleichs wegen Irrtums und Betrugs. Grabner 80 bestreitet die Zulässigkeit, auf Grund einer solchen Anfechtung den Prozeß fortzusetzen. (Vgl. RG. 65, 420; 78, 286, Gruchots Beitr. 50, 425.) — Der Prozeß ist tot, und nichts, namentlich nicht einfache Ladung, kann ihn zu neuem Leben erwecken, da sich die Rechtshängigkeit nur nach den Vorschriften der ZPO. begründen läßt. — Zulässig ist die weitere Verhandlung, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Parteien die Beseitigung des Prozeßrechtsverhältnisses gewollt haben, wenn der Prozeßvergleich von einer prozeßunfähigen Person abgeschlossen worden ist, also in Wirklichkeit das Ende des Rechtsstreits nicht herbeigeführt hat; wenn ein Prozeßvergleich unter einer Bedingung abgeschlossen worden ist, was zweifellos zulässig ist. — Der gegebene Rechtsbehelf gegen den Prozeßvergleich ist die Vollstreckungsgegenklage. (Wird aus § 767 ZPO. begründet.) Das Ergebnis ist auch praktisch höchst erwünscht. Meistens sind die Prozeßvergleiche, die unter Mitwirkung des Gerichts zustande kommen, rechtlich unanfechtbar. Es ist daher angemessen, nicht die Fortsetzung des Prozesses durch einfache Ladung zu ermöglichen, sondern den Anfechtenden auf den Weg der Klage zu verweisen, damit er nicht unvorsichtig und leichtsinnig vorgeht. → A. A. Levin, Über die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Prozeßvergleichs, ein Beispiel „teleologischer" Gesetzesauslegung, KGBl. 12, 125. Die, vom Verf. nicht berücksichtigte Abhandlung kommt gerade aus praktischen Erwägungen zu einem abweichenden Ergebnis. ←

2. Prozeßrechtliche Nichtigkeit des Prozeßvergleichs. Wurzer 169. a) Die Gerichtsbarkeit zur Aufnahme eines Prozeßvergleichs ist in § 794 Ziff. 1 nicht nur dem ProzeßG., sondern einem jeden deutschen Gericht, den Konsulargerichten, den Gerichten in den Schutzgebieten, den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, Innungen und Innungsschiedsgerichten nach §§ 917 und 100c GewO. und dem Gemeindevorstand gemäß §§ 76, 78 GewO. und § 19 KfmGG. und den Sondergerichten des § 14 GVG. übertragen. Der Mangel der ordentl. Gerichtsbarkeit steht der Gültigkeit des Prozeßvergleichs auf seiten des ordentlichen Gerichts nicht im Wege, ebensowenig die Unzulässigkeit des Rechtsweges. Vergleiche können auch vor einem Gericht der freiw. Gerichtsbarkeit geschlossen werden, da diese eine Betätigung der staatl. Gerichtsbarkeit, Rechtspflege nicht Verwaltung ist. Nicht hierher gehören Vergleiche, die im Privatklageverfahren und im schiedsgerichtl. Verfahren geschlossen werden. b) Nichtig ist, wie der Erlaß des Urteils, die Aufnahme eines Vergleichs durch einen Richter, der noch keinem Gericht zugewiesen ist, außerhalb seines Sprengels tätig wird oder die bürgerl. Ehrenrechte oder die Fähigkeit zur Bekleidung öffentl. Ämter verloren hat. Geisteskrankheit des Richters ist kein Nichtigkeitsgrund. c) Zum Begriffe des Vergleichs gehört die Prozeßbeendigungseigenschaft; der unbestimmte Vergleich, der den Prozeß tatsächlich nicht beendigt, ist nichtig. d) Die in den §§ 551, 579, 580 ZPO. aufgeführten Gesetzesverletzungen begründen keine prozessuale Nichtigkeit des Vergleichs; sie machen den Vergleich nichtig, wenn und soweit sie nach den Vorschriften des bürgerl. Rechts eine gültige Vertragsschließung hindern. e) Der nichtige Vergleich ist für das Recht nicht vorhanden, der in Wirklichkeit noch nicht beendete Prozeß ist fortzuführen. Feststellungs- und Vollstreckungsgegenklage sind unzulässig.

3. Vergleich im Arrestverfahren. Dresden 9. 10. 16, SächsRpflA. 17, 136. Die herrsch. Meinung, der sich das BeschwerdeG. anschließt, verneint, daß ein zur Erledigung des Arrestverfahrens zustande gekommener Vergleich, wenn die Hauptsache nicht anhängig ist, der Vorschrift des § 794 Nr. 1 zu unterstellen sei. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Parteien im Arrestverfahren durch den Vergleich nur dieses Verfahren erledigen und den Anspruch, zu dessen Sicherung der Arrest dienen soll, unberührt lassen oder sich zugleich über die nicht anhängige Hauptsache einigen und damit dem Rechtsstreit über diese vorbeugen. Im letzteren Falle liegt lediglich ein schuldrechtl. Vergleich nach § 779 BGB. vor, der keine prozeßrechtl. Bedeutung hat. Vgl. dagegen IDR. 15 I 2.

II. Ziff. 5. 1. Zum Begriff des Zahlungsanspruchs. Goldschmitt 335.

Der Anspruch des Schiffsgläubigers geht nicht auf Zahlung. Er ist vielmehr nur berechtigt, Befriedigung aus dem Schiffe zu suchen (§ 1204 BGB.). Gemäß § 794 Ziff. 5 kann daher eine vollstreckbare Urkunde, in der sich der Eigentümer wegen eines Anspruchs aus dem Schiffspfandrecht der sofortigen ZwVollstr. unterwirft, nicht errichtet werden.

2. Vollstreckungsklausel bei nachträgl. Änderung von Bestimmungen der vollstreckbaren Urkunde. KG. 14. 4. 16, KGJ. 49, 16 folgert aus **RG.** 72, 22, daß der Notar weder verpflichtet, noch berechtigt ist, bei Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen der Erteilung der Vollstreckungsklausel vorliegen, andere Fälligkeitsbestimmungen zu berücksichtigen, als diejenigen, von deren Vorhandensein nach Inhalt der von ihm aufgenommenen Urkunde die Fälligkeit der Forderung abhängt, daß er vielmehr die VollstrKlausel zu erteilen hat, wenn nach Inhalt dieser Urkunde die Fälligkeit der Forderung eingetreten ist, während es dem Schuldner überlassen bleiben muß, mit der VollstrGegenklage die Unzulässigkeit der Erteilung der VollstrKlausel geltend zu machen, wenn er z. B. behauptet, daß die von dem Notar angenommene Fälligkeit wegen Aufhebung der ursprüngl. Fälligkeitsbestimmung nicht eingetreten sei. Vgl. JDR. 13, 3; 14 III 2; 15, 3.

3. Klage trotz Vorliegens vollstreckbarer Urkunden. München 27. 11. 16, OLG. 35, 128. Der Besitz einer Urkunde, die selbständig zur ZwVollstr. verwertet werden kann (§§ 794 Nr. 5, 795, 726), schließt das Rechtsschutzbedürfnis nicht aus, so daß der Gläubiger trotzdem zu klagen befugt ist. (**RG.** 46, 306. Im gegebenen Falle wurde der Anlaß zur Klageanstellung verneint, da die Bekl. dem Kl. eine für jede Art der Vollstreckung geeignete Urkunde ausgestellt und ihre Schuld niemals bestritten, vielmehr sofort ausdrücklich anerkannt hatten.)

§ 795.

Vollstreckungsklausel zu vollstreckbaren Urkunden auf künftige Leistung. LG. Gnesen 30. 5. 15, JW. 17, 874. Daß Urteile auf Leistung künftig fällig werdender, wiederkehrender Kapitalszinsen erlassen werden können, und daß diese Urteile nur einer Vollstreckungsklausel, nicht aber erneut solcher bei den jeweils fällig werdenden Leistungen bedürfen, steht mit Rücksicht auf §§ 258, 725 ZPO. außer Zweifel. Was aber für derartige Urteile bestimmt ist, gilt auch für vollstreckbare Urkunden des § 794 Ziff. 5, die künftig fällig werdende Leistungen zum Gegenstande haben.

§ 797.

Erteilung der Vollstreckungsklausel zu einer nach hess. Recht bei einem LG. verwahrten Notariatsurkunde. LG. Mainz 28. 10. 16, HessRspr. 17, 274. Wenn das Ges. btr. das Notariat v. 15. 3. 99 die Aufbewahrung der älteren Notariatsurkunden beim LG. vorschreibt, so findet diese Aufbewahrung selbstverständlich nach der Organisation und der Regelung der Geschäftskreise der Beamten des LG. durch denjenigen Beamten statt, dem nach der Geschäftsordnung die Aufbewahrung und die Sorge für die Urkunden obliegt, d. i. also der Gerichtsschreiber. Dieser erscheint hiernach als diejenige Behörde, der gemäß § 797 Abs. 2 die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde obliegt.

§ 801.

Becker 79. Der Festsetzungsbeschluß nach § 25 RGebO. bildet keinen vollstreckbaren Titel. Er stellt sich gleichsam dar als eine Vorabentscheidung über die Höhe des Gebührenanspruchs, während über den Grund dieses Anspruchs im anschließenden ordentl. Prozeßverfahren zu entscheiden ist.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Schrifttum: Bacharach, Kriegsbeschädigte und künstliche Gliedmaßen, BayRpflZ. 17, 211. — Crasemann, Findet das Höchstpreisgesetz auf den Verkauf Anwendung, der im Wege der Versteigerung in der ZwVollstr. erfolgt? R. 17, 509; über denselben Gegenstand Schuntner, BayRpflZ. 17, 510. — Gießner, Klagbarkeit und Pfändbarkeit der Kriegsteuerungszulagen, KGBl. 17, 27. — Hörle, Pfändung einer Hypotheken-

forderung, R. 17, 349. — Kretzschmar, Verpflichtung des Erben zur Leistung des Offenbarungseides nach § 807 ZPO., BayRpflZ. 17, 233. — Derselbe, Verfügungen des nach § 2338 BGB. beschränkten Abkömmlings über seinen Anteil am Nachlasse, BayNotZ. 54, 408. — Levy, Zur Frage der Unpfändbarkeit der Invalidenpension von Unteroffizieren, JW. 17, 892. — Marck, Die Sicherungsübereignung, RheinZ. 9, 32. — Nord, Oeffentlicher Beschlag (Sachbindung) und privates Recht, DJZ. 17, 716. — Raddatz, Die nichtfälligen Mietzinsforderungen im Falle des § 805 ZPO., GruchotsBeitr. 61, 871. — Schmidt, Pfändung zugunsten privilegierter Forderungen, DRZ. 17, 16. — Schwarz, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken, HessRspr. 18, 11. — Seitz, Kriegsbeschlagnahme und ZwVollstr., BayRpflZ. 17, 68. — Siber, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen, JheringsJ. 67, 195. — Derselbe, Prozeßführung des Vermögensverwalters, 1917. — Till, Pfändbarkeit eines Unternehmens, ÖstGZ. 17, 46. — Vogels, Pfändbarkeit der Beamtengehälter bei Bezug von Offiziersbesoldung, JW. 17, 32.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803.

1. Überpfändung. a) LG. Berlin III 1. 6. 17, KGBl. 17, 65. Keine unzulässige Überpfändung, wenn Mobiliarpfändung erfolgt, weil gegen die Forderungspfändung Widerspruch erhoben worden.

b) Cöln 21. 8. 17, LeipzZ. 17, 1199. Nicht bloß bereits ausgeführte, das zur Befriedigung des Gläubigers und Deckung der Kosten erforderliche Maß überschreitende Pfändungen, sondern alle zu diesem Ergebnis führenden Vollstreckungshandlungen, insbesondere auch solche Pfändungsversuche unterfallen dem Verbote des § 803 Abs. 1 Satz 2, welche den Schuldner zwecks Abwendung der Pfändung zu einer Geldzahlung zwingen, die sich neben einer schon bestehenden Pfändung als übermäßig ergibt. (Gläubiger war bereits durch eine Pfändung hinreichend gedeckt, beauftragte aber den GV. mit einer weiteren ZwVollstr., zu deren Abwendung der Schuldner 10000 M. zahlen mußte. Das LG. wies die Erinnerung entgegen dem VollstreckungsG. zurück, da das Geld nicht gepfändet worden sei, OLG. bestätigt die Rückzahlungsanordnung.)

2. Vollstreckung wegen Zahlungen an Dritte bei zweifelhaftem Empfänger. LG. Dresden 18. 8. 15, BuschsZ. 46, 429. Forderungen auf Geldzahlungen an Dritte sind unter entsprechender Anwendung der §§ 803ff. wie Geldforderungen i. S. dieses Ges. — zu vollstrecken. (Im Anschluß an Meyer und Keil, BuschsZ. 35, 229 und 45, 113; vgl. JDR. 14 zu § 887, I.) Die Besonderheit des Falles, daß Leistungsempfänger ein anderer als der Gläubiger ist, betrifft nicht den eigentlichen Vollstreckungsakt, sondern nur die Ablieferung. — Soweit Verwicklungen auftreten, sind sie unter entsprechender Anwendung des bürgerl. Rechts zu lösen.

§ 805.

1. Berücksichtigung der nichtfälligen Mietzinsforderungen. Raddatz 871 wendet sich gegen die Ansicht der meisten Ausleger, daß der Vermieter im Falle des § 805 sofortige Zahlung seiner noch nicht fälligen Mietzinsforderungen aus dem Erlöse verlangen könne. Es wird gezeigt, daß diese Ansicht durch die Entstehungsgeschichte nicht unterstützt wird. Vor und nach dem Inkrafttreten des BGB. handelt es sich beim Zusammentreffen zwischen Vermieter- und Pfändungspfandrecht um einen Vorrangsstreit. Das Befriedigungsrecht des Pfandgläubigers (Vermieters) tritt ein, sobald seine Forderung fällig geworden ist, § 1228 BGB. Nur insoweit hat der Vermieter ein Recht, die Herausgabe des Verkaufserlöses an sich zum Zwecke der sofortigen Befriedigung zu verlangen. Bei späterem Eintritt der Fälligkeit hat er das Befriedigungsrecht von da ab. Vgl. § 85 Ziff. 3, § 105 Ziff. 4 der preuß. Geschäftsanw. für GV. v. 24. 3. 14 (JMBl. 343, 399, 412). — Mit der Hinterlegung des Erlöses hat die Tätigkeit des GV. ihr Ende erreicht. Um das weitere Schicksal der hinterlegten Masse hat er sich nicht zu kümmern.

2. Anwendung auf die Sicherungsübereignung. Marck 136. Die An-

wendung des § 805 auf die Sicherungsübereignung scheitert an seiner negativen Voraussetzung: er gilt nur, wenn der Inhaber des Vorzugsrechts nicht im Besitz der Sache ist. Der Sicherungsnehmer ist aber im Besitz, wenn auch, falls Besitzkonstitut vorliegt, nur im mittelbaren Besitz. Unter Besitz ist nach der weitaus herrsch. Ansicht der mittelbare Besitz ebensowohl als der unmittelbare zu verstehen. -> Dieses Bedenken würde für eine entspr. Anwendung des § 805 nicht ausschlaggebend sein. Vgl. Levin, JW. 13, 118. <-

§ 807.

1. Eidesmündigkeit. LG. Naumburg 20. 10. 16, NaumburgAK. 17, 7. (Eine minderjährige, noch nicht 16 Jahre alte Kl. hatte ohne Hinzuziehung ihres gesetzl. Vertreters den Rechtsstreit selbst geführt, weil sie in bezug auf den Gegenstand dieses Rechtsstreits nach § 113 BGB., § 52 ZPO. prozeßfähig war. Die Klage war zurückgenommen, die ZwVollstr. wegen der festgesetzten Kosten fruchtlos ausgefallen.) Das Ges. geht von dem Grundsatz aus, daß alle prozeßfähigen Parteien auch eidesfähig sind. Es ist daher nicht angängig, die nur für den Zeugenbeweis geltende Vorschrift des § 393 Ziff. 1 ZPO. auf andere Eide als den Zeugeneid anzuwenden. Das vom Parteieid Gesagte hat auch für den Offenbarungseid zu gelten.

2. Einwand der persönl. Unfähigkeit, den Eid zu leisten. KG. 30. 3. 17, OLG. 35, 185. Der Schuldner hat zwar nach § 807 nur zu beschwören, daß er sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. Hierbei ist aber vorausgesetzt, daß er überhaupt ein ordnungsmäßiges Verzeichnis aufzustellen vermag. Jene Worte sollen nur den Schuldner schützen, der infolge tatsächl. Hindernisse, z. B. Verlustes seiner Papiere nicht ein unbedingt vollständiges Verzeichnis anfertigen kann. Ist aber sein Gesundheitszustand derartig, daß er keine Übersicht über sein Vermögen hat, so ist er überhaupt nicht fähig, ein eidlich zu erhärtendes Verzeichnis aufzustellen. (Schuldner hatte eingewendet, nervenkrank und daher außerstande zu sein, einen wirklichen Offenbarungseid i. S. des § 807 zu leisten.)

3. Verpflichtung des Erben zur Leistung des Offenbarungseids nach § 807 ZPO. Kretzschmar 233. Die Frage, ob für den Erben die Verpflichtung zur Leistung des zivilprozessualen, sich auf sein gesamtes Vermögen erstreckenden Offenbarungseides besteht, ist nach den Umständen des einzelnen Falles verschieden zu beantworten. Vor allem muß der Gläubiger sich Gewißheit verschaffen, ob der Erbe ein Inventar errichtet hat (§ 2010 BGB.). In diesem Falle ist der noch beschränkbar haftende Erbe zur Leistung des Eides nicht verpflichtet, die Nachlaßgläubiger haben auch kein Interesse daran, weil durch das Inventar dasjenige offengelegt ist, was sie zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen könnten. Selbst wenn der Erbe noch kein Inventar errichtet hat, wird ein nach § 807 aufgestelltes Verzeichnis für einen Gläubiger in der Regel ohne Nutzen sein, denn der Erbe braucht in dem Verzeichnis den Nachlaß nicht gesondert von seinem sonstigen Vermögen aufzuführen. Geht der Gläubiger aufs Geradewohl mit der ZwVollstr. vor, so setzt er sich der Gefahr aus, vom Erben verklagt zu werden und die Kosten des Prozesses zu tragen. Es ist dem Nachlaßgläubiger dringend anzuraten, dem Erben eine Inventarfrist bestimmen zu lassen. Das ist das vom Ges. gegebene Mittel, die Offenbarung des Vermögens nach § 807 für den Gläubiger ohne Nutzen. Im Hinblick hierauf ist die Verpflichtung des noch beschränkbar haftenden Erben zur Leistung des Offenbarungseides nach § 807 ZPO. richtigerweise überhaupt zu verneinen.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808.

1. Zum Begriff des Gewahrsams. a) Siber, JheringsJ. 67, 204 erörtert, ob die tatsächl. Gewalt des gesetzl. Vertreters i. S. der §§ 808 Abs. 1, 809 als Gewahrsam des Vertretenen gedacht werden muß, und ob der Gewahrsam der ZPO. dasselbe ist wie der unmittelbare Besitz des BGB. Das erstere ist aus praktischen Gründen unerläßlich: wäre

die tatsächl. Gewalt des Vormundes kein Gewahrsam des Mündels, so könnten auf Grund eines Vollstreckungstitels gegen diesen seine in der Hand des Vormundes befindl. Sachen nicht gepfändet werden. — Das Wort Gewahrsam ist dem BGB. ganz unbekannt, und die ZPO. bestimmt den Begriff nicht. Er ist derselbe geblieben, der er vor dem BGB. war; er deckt sich mit dem des unmittelbaren Besitzes nicht in dem neuen Sinne des BGB., sondern noch in dem des gemeinen Rechts, und er umfaßt deshalb außer dem unmittelbaren Besitz des BGB. auch den durch einen selbständigen gesetzl. Vertreter vermittelten Besitz, der heute ein nur mittelbarer ist. Wie dieser ein Gewahrsam geblieben ist, so ist umgekehrt der durch den TestVollstr. für den Erben und durch den Mann für die Frau vermittelte Besitz nicht zu einem Gewahrsam i. S. der ZPO. geworden. — Vgl. zur Frage der Pfändung gegen eine Kriegerehefrau zu § 739 ZPO.

b) Siber, Prozeßführung 53 Anm. 1. Revisionsbedürftig ist die herrsch. Lehre, daß alle im gemeinsamen Haushalt befindlichen Sachen „im Gewahrsam" des Mannes seien. Sie vereitelt dem Gläubiger auch den Zugriff in bewegl. Sachen des Vorbehaltsguts. Ein Anspruch gegen den Mann auf Herausgabe von Sachen, die sie im gemeinsamen Haushalt selbst in Händen hat, die sie etwa in ihren Schreibtisch geschlossen hat, steht der Frau gar nicht zu.

2. Haftung des Gerichtsvollziehers für die Unterschätzung der Pfandstücke. Hamm 21. 3. 16, OLG. 34, 132. Die vorgeschriebene Schätzung und Zusammenrechnung der Verkaufswerte i. S. der Dienstvorschrift (der bei dem Zwangsverkaufe zu erzielenden Erlöse) bezweckt nicht bloß die Vermeidung einer Überpfändung im Interesse des Schuldners, sie soll auch den Interessen des Gläubigers dienen und erkennbar machen, ob und inwieweit er auf seine Befriedigung bei der Verwertung der Pfandstücke rechnen darf. Darüber, auf welchem Wege der GV. die von ihm einzusetzenden Schätzungswerte zu finden hat, besteht abgesehen von § 813 keine Vorschrift. Einer solchen bedarf es auch nicht. In der Regel wird der GV. kundig genug sein, um aus eigener Wissenschaft zu beurteilen, was bei dem Verkaufe der Pfandstücke herauskommen wird. Geht ihm diese Kenntnis ab, so hat er sich bei geeigneten Auskunftspersonen zu erkundigen. (Im gegebenen Falle wurde angenommen, daß der GV., wenn er von den an den Pfandgegenständen durch den Schuldner ausgezeichneten oder anderweit festgestellten Verkaufspreisen ausgehen wollte, ⅓ bis höchstens ½ dieser Preise schätzen durfte.)

3. Kriegsbeschlagnahme und ZwVollstr. a) Seitz 68. α. Wo die in Frage kommenden Verordnungen (des Bundesr. und der Militärbefehlshaber) Verfügungen, die im Wege der ZwVollstr. oder Arrestvollziehung über die beschlagnahmten Vorräte erfolgen, in gleicher Weise, wie rechtsgeschäftl. Verfügungen untersagen, ist die Rechtslage klar: dem Gerichtsvollzieher ist nicht nur die ZwVersteigerung, sondern schon die Pfändung untersagt. (Ebenso Öttle, BayRpflZ. 15, 133; anders Schuntner 129. Vgl. JDR. 15, IV Kriegsbuch 4, 116.) β. Wo ohne ausdrückl. Beschlagnahme Verkäufe oder überhaupt rechtsgeschäftl. Verfügungen über gewisse Gegenstände schlechthin oder ohne Genehmigung verboten sind, muß die Pfändung als zulässig, die ZwVersteigerung ohne die Genehmigung aber als untersagt erachtet werden. (Gegen BayObLG. 6. 7. 15, BayRpflZ. 15, 337.) γ. Wo kein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen, die Veräußerung aber nach einzelnen Richtungen verbotsmäßig eingeschränkt ist, darf auch der GV. nicht gegen das Verbot verstoßen; er darf insbesondere den Zuschlag nicht an eine Person erteilen, der der Ankauf des versteigerten Gegenstandes untersagt ist.

b) Nord 720. Die Pfändung von Gegenständen, bei denen die Beschlagnahme schon eingetreten ist, ist stets unzulässig.

c) Dresden 3. 6. 16, JDR. 15 IV 2, jetzt auch OLG. 35, 129 und SächsOLG. 37, 397.

§ 811.

1. Nr. 1. Kann dem Schuldner zugemutet werden, daß ihm an Stelle eines der Art nach unentbehrlichen, der Ausstattung nach aber unnötigen

Gegenstandes ein einfacherer Gegenstand der gleichen Art als Ersatz vom Gläubiger gestellt wird? Kiel 12. 10. 16, SchlHolstAnz. 17, 71 (das LG. hatte, der Anregung der Gläubigerin gemäß, eine Zwischenverfügung erlassen und darin der Gläubigerin Ersatzstellung gleichartiger, aber einfacherer Gegenstände aufgegeben. Es handelte sich um einen großen Kleiderschrank mit Spiegel und eine Lampe. — OLG. hat dies gemißbilligt.) Es kann unerörtert bleiben, wie zu verfahren wäre, wenn es sich geradezu um Prunkstücke aus erlesenem Stoff oder von erhöhtem Kunst- oder Seltenheitswert handelte. In Fällen der hier vorliegenden Art hat zwar die Auffassung des LG. eine gewisse wirtschaftl. Berechtigung, im Rahmen der geltenden Prozeßordnung ist ihr jedoch um so weniger Raum zu geben, als ihre Durchführung — wenigstens in der vom LG. gewählten Form prozessual und materiell — rechtlich zu den verschiedensten Unzuträglichkeiten zu führen geeignet ist. Vgl. JDR. 13, II und Marx, JW. 17, 453, sowie von Harder, JW. 17, 653.

2. Nr. 5, 6. a) Vorübergehende Einstellung des Betriebes. LG. I Berlin 10. 5. 17, KGBl. 17, 44. Nach der ständigen Rechtsübung des Gerichts steht es der Anwendung des § 811 Ziff. 5, 6 nicht entgegen, wenn der Betrieb vorübergehend notgedrungen eingestellt wurde, sofern nur ernstlich mit dessen Fortführung nach Beseitigung dieser Störung in absehbarer Zeit zu rechnen ist.

b) Einzelne Fälle. α. Knetmaschine. Colmar 8. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 364. Die Tatsache, daß der Schuldner (ein Bäcker) ohne die Teigknetmaschine nicht in der Lage ist, den bisherigen Betrieb nutzbringend weiterzuführen, genügt, um die Maschine als „unentbehrlichen Gegenstand" i. S. des § 811 Ziff. 5 ZPO. erscheinen zu lassen.

β. Piano. Dresden 17. 2. 17, SächsRpflA. 17, 308. Ein Piano gehört nicht zu den Gegenständen, die zur persönl. Fortsetzung der Gastwirtstätigkeit unentbehrlich sind.

γ. Pfändung gegen Zimmervermieter. Braunschweig 26. 9. 16, BraunschwZ. 64, 70, OLG. 35, 180. Die Schuldnerin, bei der ein Trümo und ein vollständiges Bett gepfändet sind, zieht ihren Erwerb daraus, daß sie in einer ermieteten größeren Wohnung möblierte Zimmer an Fremde vermietet und diesen auch teilweise Beköstigung gewährt; die Aufwartung der Mieter besorgt sie persönlich ohne fremde Hilfe. Allein bei einem derartigen Erwerbe spielt die persönl. Tätigkeit gegenüber der Ausnutzung sachl. Betriebsmittel eine wirtschaftlich untergeordnete Rolle. Der § 811 Nr. 5 erfordert aber, daß die persönl. Arbeit das wirtschaftlich Wesentliche der Erwerbstätigkeit ist (OLG. 22, 377; 26, 393). Vgl. Posen 19. 7. 16, JDR. 15, 2g, jetzt auch OLG. 35, 180.

δ. Hamburg 14. 8. 16, JDR. 15, 2d jetzt auch HansGZ. 17 Bbl. 22.

3. Nr. 12. Pfändung künstlicher Gliedmaßen. Bacharach 212. Da die Vorschrift sich nur auf Pfändung wegen Geldforderungen, nicht aber auf die ZwVollstr. bei Verpflichtung zur Herausgabe von Sachen erstreckt, so kann der Eigentumsvorbehalt eines Dritten auch im Wege der ZwVollstr. durchgesetzt werden. (Vgl. Ziff. 2 zu § 90 BGB.)

§ 816.

1. Berücksichtigung des Höchstpreisgesetzes bei der Versteigerung. a) Schuntner 129. Der GV., der bei der Versteigerung von Höchstpreissachen nach Erreichung des Höchstpreises noch zu einem höheren Gebot auffordert und der Steigerer, der dann noch ein höheres Gebot macht, verstößt gegen Ziff. 1, 2 des § 6 des Höchstpreisgesetzes v. 4. 8., bzw. 17. 12. 14. Die MobiliarzwVollstr. ist wirtschaftlich eine durch den GV. an Stelle des Schuldners vorzunehmende Veräußerung von Vermögensstücken, die dazu dient, den Gläubiger zu befriedigen.

b) LG. Hamburg 8. 6. 17, R. 17, 511. Die ZwVollstr. beruht auf öffentl.-rechtl. Grundsätzen, auf diese kann ein privatwirtschaftl. Gesetz wie das Höchstpreisgesetz keine Anwendung finden.

c) Crasemann 510. Die Begr. zu a ist bedenklich, da es keinem Zweifel unterliegen kann, daß der Gesetzgeber nur an den freien Handel gedacht hat, nicht an den Verkauf, der im Wege der ZwVollstr. erfolgt. Das Ergebnis zu b ist unbefriedigend. Eben-

sogut wie der GV. polizeil. Verbote des Verkaufs von Gift, Sprengstoffen, Nahrungsmitteln usw. beachten muß, wird man vielleicht sagen können, daß das Höchstpreisgesetz auch auf öffentl.-rechtl. Grundsätzen beruht, indem es Waren dem Verkehr entzieht, soweit sie zu einem höheren als zu dem im Ges. erlaubten Preise in den Verkehr gebracht werden.

2. Versteigerung von Pfandsachen in der Wohnung des Schuldners. Widerspruchsrecht des Gläubigers. Dienstaufsichtsentsch. AG. Stuttgart 28. 4. 16, WürttZ. 59, 216. (Der Vermieter der Schuldnerin hatte gemäß § 766 Erinnerung dagegen erhoben, daß das gepfändete Inventar einer Privatentbindungsanstalt in der Wohnung der Schuldnerin versteigert würde, weil jene Maßnahme seine Interessen als Hauseigentümer zu beeinträchtigen geeignet sei. Nachdem die Erinnerung rechtskräftig zurückgewiesen worden, hat das AG. den GV. im Dienstaufsichtswege angewiesen, die Pfandstücke im Pfandraum, und wenn dieser sich hierzu nicht eignen sollte, in einem vom GV. zu beschaffenden sonstigen Raum zu versteigern.) In Ausübung seines pflichtmäßigen Ermessens hat der GV. billigen Wünschen nicht bloß des Gläubigers und des Schuldners, sondern auch, soweit dies mit den dienstl. Anforderungen und mit den Interessen des Gläubigers und des Schuldners vereinbar ist, anderer Personen, die an dem schwebenden Verfahren, obzwar nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich oder in anderer Weise irgendwie beteiligt sind, Rechnung zu tragen. — Es wird gezeigt, daß die Vornahme der Versteigerung in einer Mietswohnung jedenfalls dann, wenn es sich um eine Vielzahl großer und Beförderungsschwierigkeiten darbietender Gegenstände handelt, die Interessen des Hauseigentümers schädigt, der vorliegend eine den ganzen Versteigerungserlös aufzehrende Mietsforderung hatte.

3. Keine entsprechende Anwendung des § 816 ZPO. auf Rechte. LG. Münster, JW. 17, 705. Der § 816 betrifft nur die Versteigerung von Sachen, nicht von Rechten. Zwar bestimmt § 857 Abs. 1, daß auf die Vollstreckung in andere Vermögensrechte die vorstehenden Bestimmungen „entsprechende" Anwendung finden. Darunter sind aber nur die Bestimmungen unter Ziff. III Nr. 1 „Geldforderungen" und Nr. 2 „Ansprüche auf Herausgabe von Sachen" zu verstehen, nicht aber die Bestimmungen über ZwVollstr. in körperliche Sachen (Ziff. II des I. Tit. des 2. Abschn. VIII. Buches). Eine „entsprechende" Anwendung des § 816 verbietet sich auch aus inneren Gründen. (Wird näher ausgeführt). (AG. Berlin-Schöneberg hat im gegebenen Falle angeordnet, daß die Versteigerung der Geschäftsanteile nicht am Wohnort des Schuldners, sondern an dem Orte erfolgt, wo das Werk, dessen Geschäftsanteile veräußert werden sollten, seine Niederlassung und seinen Sitz hatte, weil hier der Wert der Pfandstücke am besten und zutreffendsten beurteilt werden könne.) Vgl. auch BauersZ. 24, 204.

§ 821.

Versteigerung gepfändeter Wertpapiere. PrJMV. v. 13. 10. 17, GenBl. 17, 424. Wenn auch amtliche Kursfestsetzungen zurzeit an der Börse nicht stattfinden, so werden doch Wertpapiere im freien Verkehr an der Börse gehandelt und auf dieser Grundlage erfolgt eine Kursbildung. Ein so gebildeter Kurs stellt den Marktpreis dar. Ob ein Marktpreis besteht, hat der Gerichtsvollzieher nötigenfalls durch Nachfrage bei einem Bankhause festzustellen.

§ 823.

Voraussetzung des Antrages. LG. Ravensburg 8. 3. 17, WürttZ. 59, 150. Der Gläubiger kann einen Antrag gemäß § 823 an das AG. erst dann stellen, wenn er das ihm vom Drittschuldner auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ausgehändigte Wertpapier (auf den Namen umgeschriebenes Inhaberpapier) dem GV. zur weiteren Verwertung übergeben hat.

§ 825.

Voraussetzungen des Eigentumsüberganges, wenn gepfändete Sachen nach § 825 ZPO. aus freier Hand durch den Gerichtsvollzieher verkauft

werden. KG. 14. 3. 17, KGBl. 17, 37. Die bloße Erklärung des GV., daß er der Kl. die Sachen übergebe, auf die er sie die Hand legen ließ, damit diese sie in Besitz nehme, würde zum Eigentumserwerbe dann nicht ausreichen, wenn die Kl. hierauf nicht von den Sachen Besitz ergriffen und den Besitz erlangt hätte. Vorliegend ist aber ein solcher Besitzerwerb jedenfalls anzunehmen. Der GV. hatte damit, daß er die Sachen in der geschilderten Weise übergab, alles getan, was er zur Bewirkung der Übergabe tun konnte. Die Kl. war dadurch in die Lage versetzt, die Sachen wegzuschaffen, und konnte einen Widerstand des Schuldners durch den GV. brechen lassen. Die Kl. machte durch ihr Verhalten erkennbar, daß sie von den Sachen Besitz ergreife. Würde man in solchem Falle den Eigentumsübergang auf den Ersteher nicht annehmen, so würde dies zu unmöglichen Folgerungen führen. Würde z. B. die erstandene Sache bald nachher, noch bevor der Ersteher sie wegschaffen lassen konnte, von einem anderen GV. gepfändet und dem Schuldner weggenommen, so würde der Ersteher seinen Kaufpreis erlegt haben, ohne die erstandene Sache in Anspruch nehmen zu können. (Die Kl. hatte den Schuldner geheiratet. KG. erwog u. a.: Sind die Sachen in den Räumen des Schuldners verblieben und von ihm weiterbenutzt worden, so ist eine stillschweigende Einigung über teilweise Überlassung und damit Ersatzübergabe anzunehmen.)

§ 828.

Zuständigkeit gegenüber dem Inhaber einer Einzelfirma. LG. Berlin II 28. 12. 16, KGBl. 17, 19. Hat der Inhaber einer Einzelfirma ein von seinem Wohnsitz örtlich verschiedenes Geschäftslokal, so ist als VollstreckungsG. das AG. des Wohnsitzes ausschließlich zuständig.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 829.

I. Voraussetzungen und Wirkung der Pfändung im allgemeinen. 1. Bestimmtheit des Gegenstandes und des Schuldgrundes. Kiel 26. 9. 16, OLG. 35, 181, SchlHolstAnz. 17, 48. Gepfändet und überwiesen war die Forderung des Kaufmanns S., die diesem gegen die Bekl. „aus dem Teilhaberverhältnis usw." zustand. Es ist zuzugeben, daß insbesondere der Zusatz: „usw." Unklarheiten erzeugen kann, und es ist weiter richtig, daß aus dem Teilhaberverhältnis Forderungen der verschiedensten Art sich ergeben können. Wie weit andere Forderungen von der Pfändung und Überweisung mitbetroffen sind, mag zweifelhaft sein. Daß aber, wenn Ansprüche aus dem Teilhaberverhältnis gepfändet sind, die Gewinn-Anteils-Ansprüche sicherlich unter diese Bezeichnung fallen, und daß hiervon sowohl der Drittschuldner, wie auch jeder Dritte ausgehen darf, ist nach Ansicht des Gerichts nicht zu verkennen.

2. Auslegung der Pfändungsformel „gepfändet bis zur Höhe der Forderung des Gläubigers". Bamberg 9. 2. 17, SeuffA. 72, 243. Für gewöhnlich nimmt man an, daß die Pfändung einer Forderung sich auf deren Vollbetrag erstreckt, auch wenn der Anspruch, zu dessen Gunsten gepfändet wird, diesen Betrag nicht erreicht, und daß der Zusatz „bis zur Höhe der gläubigerischen Forderung" nur für die Geltendmachung des Pfändungspfandrechts die Schranke bilden soll. — In der Regel wird dem Antrage des Gläubigers stattzugeben sein; beantragt nicht der Gläubiger selbst, eine Forderung nur zum Teil zu pfänden, so wird auch das VollstreckungsG. keinen Anlaß haben, die Pfändung auf einen Teil der zu pfändenden Forderung zu beschränken. Die Bestimmung des § 803 Abs. 1 Satz 2 läßt sich bei Geldforderungen nicht schlechthin durchführen. Vgl. JDR. 15 I 1 u. 2.

3. Vergleich zwischen Pfandgläubiger und Drittschuldner über die vom Pfandschuldner eingeklagte Forderung. LG. München K. f. H. 22. 9. 16. LeipzZ. 17, 85. Durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung wird das Gläubigerrecht an der gepfändeten Forderung nicht auf den Pfändungsgläubiger übertragen; dieser erlangt nur das Recht, die Forderung seines Schuldners für sich beizutreiben (**RG.** 63, 218).

Jede andere Verfügung über die Forderung ohne Zustimmung des Pfändungsschuldners (und Gläubigers der gepfändeten Forderung) ist ihm untersagt. Er kann also insbesondere nicht auf die Forderung zu Lasten des Pfändungsschuldners ganz oder teilweise verzichten oder über die Forderung in einer die Befriedigung aus der gepfändeten Forderung beeinträchtigenden Weise einen Vergleich schließen. Dagegen steht es dem Pfändungsgläubiger frei, zu seinen eigenen Lasten sich mit dem Drittschuldner zu vergleichen und ihm teilweisen Nachlaß zu gewähren, also in der Weise, daß der Pfändungsgläubiger sich in der vollen Höhe gegen den Drittschuldner für befriedigt erklärt, obwohl er tatsächlich in dieser Höhe nicht befriedigt ist.

4. Kosten. v. Wider und LG. Ravensburg 6. 3. 17, WürttZ. 59, 132 über die Berechtigung des GV., nach § 14 Ziff. 1 GVGebO. Schreibgebühren für Urkundenabschriften zu fordern, die bereits erfolgte Zustellungen an den Drittschuldner betreffen (§ 829 Abs. 2 S. 2 ZPO.).

II. Zulässigkeit der Pfändung von einzelnen Mietforderungen gegenüber dem Nießbraucher. KG. 10. 3. 17, KGBl. 17, 68. Die Mietzinsforderungen stehen dem Nießbraucher zu. Entweder hat er nach Eintragung des Nießbrauchs die Mietverträge mit den Mietern selbst geschlossen, oder er ist, wenn diese bereits früher von dem Grundstückseigentümer abgeschlossen waren, auf Grund der §§ 577, 571 BGB. an Stelle des Grundstückseigentümers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eingetreten. In beiden Fällen gebühren ihm die Mietzinsen auf Grund der abgeschlossenen Mietverträge, er ist Gläubiger der Mietzinsforderungen.

§ 830.

1. Pfändung einer Hypothekenforderung. Hörle 349 bekämpft die herrsch. Meinung, nach der, wenn der Hypothekenbrief nicht übergeben oder die Pfändung nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann, eine wirksame Pfändung überhaupt nicht, also auch dem Drittschuldner gegenüber nicht entstanden und das in dem Pfändungsbeschluß an den Drittschuldner gerichtete Zahlungsverbot bedeutungslos ist. Davon, daß die in Abs. 3 ausgesprochene Wirkung nur für den Fall der nachfolgenden Briefübergabe oder Eintragung eintreten und, wenn dieser Fall eintritt, auf den Zeitpunkt der Zust. zurückbezogen werden soll, sagt das Gesetz kein Wort. Daraus, daß das Ges. eine Frist nicht bestimmt hat, folgt, daß die Wirksamkeit des im Abs. 2 begründeten Pfandrechts an sich unbeschränkt ist und dieses weder als ein aufschiebend noch als ein auflösend bedingtes angesehen werden kann. — Das Verbot an den Drittschuldner wird mit der Zust. des Pfändungsbeschlusses an ihn wirksam. Die Wirkung bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 829 Abs. 3, 857 Abs. 1, 804 ZPO. — Es wirkt im Verhältnisse zum Drittschuldner auch dem Vollstreckungsschuldner gegenüber. (Im Anschluß an Falkmann, Mugdan, Zwangsvollstreckung (2.), 888ff. unter näherer Darlegung, daß die vertretene Ansicht dem klaren Wortlaut des Ges., dem Grundsatz über Treu und Glauben und den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens und der Verkehrssicherheit gerecht werde.)

2. Widerspruch gegen die Pfändung einer zur Sicherheit abgetretenen Buchhypothek, wenn die Pfändung nicht in das Grundbuch eingetragen ist. (Der Kl. hatte seine Buchhypothek sicherungshalber an den Schuldner abgetreten, gegen den sie im Auftrage der Bekl. gepfändet wurde, ohne daß die Pfändung in das Grundbuch eingetragen wurde.) Dresden 6. 3. 17, OLG. 35, 121, SeuffA. 72, 344. Obwohl die Bekl. durch die Pfändung, die nicht gemäß § 830 Abs. 1 ins Grundbuch eingetragen worden ist, kein wirksames Pfandrecht erlangt hat, muß doch die Klage nach § 771 für zulässig erachtet werden. Denn die mit dem Erlaß des Pfändungsbeschlusses begonnene Vollstreckung ist deshalb, weil kein materiell wirksames Pfandrecht entstanden ist, nicht ohne weiteres hinfällig geworden. Die Unwirksamkeit der Pfändung steht unter den Beteiligten nicht außer Zweifel, sondern die Bekl. macht ihre Gültigkeit geltend und verteidigt sich gegen die Klage offensichtlich deshalb, um die begonnene Vollstreckung fortzusetzen. Da

hierdurch das vom Kl. behauptete Recht bedroht wird, muß ihm hiergegen die Widerspruchsklage offenstehen, ohne daß er erst auf eine neue negative Feststellungsklage zu verweisen wäre (**RG.** 81, 190). Vgl. § 771, I 1 ZPO.

§ 844.

Verwertung der aus Abzahlungsgeschäften gepfändeten Rechte. Dresden 7. 10. 16, OLG. 35, 181, SächsOLG. 38, 190. Gepfändet war die Anwartschaft der Schuldner gegenüber der Firma X., die darin bestehe, daß den Schuldnern, abhängig von der Zahlung des Restkaufpreises, das bedingte Eigentumsrecht an den Möbelstücken zustände. Das AG. hatte gemäß § 844 die öffentl. Versteigerung der Anwartschaft angeordnet, das LG. dies auf sofortige Beschwerde aufgehoben, weil der Gläubiger durch Zahlung des Kaufpreisrestes selbst den Eintritt der schwebenden Bedingung herbeizuführen vermöge. OLG. gab der weiteren Beschwerde des Gläubigers statt. In das bestehende Schuldnervermögen kann dem Gläubiger, soll er nicht rechtlos gestellt sein, der Zugriff nicht versagt werden. Insbesondere darf die Vollstreckung nicht an dem Widerspruch des Verkäufers scheitern. Die Verfügung über den bedingten Eigentumsanspruch erlangt der Pfändungsgläubiger erst durch eine Verwertungsanordnung. Erst damit erlischt das auf § 267 BGB. gestützte Widerspruchsrecht des Schuldners. (Hingewiesen wird auf die Bedenken, die der Erzielung eines Erfolges der an sich zulässigen Versteigerung nach § 857 ZPO. im Wege stehen, insbesondere auf § 811 Nr. 1 ZPO. u. Bek. v. 8. 10. 14 über das Mindestgebot.)

§ 845.

Hamburg 5. 7. 16, JDR. 15, 1 jetzt auch OLG. 35, 132.

§ 850.

I. Wirkung der Pfändung einer unpfändbaren Forderung im allgemeinen. **RG.** 30. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 303. Die in der Wissenschaft und Rechtspr. vertretene, aber keineswegs unbestrittene Meinung, daß die Pfändung einer nach § 850 unpfändbaren Forderung nicht nichtig sei, beruht auf der Erwägung, daß der Pfändungsbeschluß des VollstreckungsG. ein Staatsakt und die sachlich unrichtige Entscheidung eines Staatsorgans nicht ohne weiteres nichtig sei. Daraus würde sich gegen die Nichtigkeit einer gegen § 400 BGB. verstoßenden Abtretung, bei der ein Staatsakt nicht in Frage kommt, nichts herleiten lassen. Vielmehr würde aus der wechselseitigen Beziehung zwischen den Vorschriften der §§ 400, 394, 1274 BGB. einerseits und der Vorschrift des § 850 andererseits nur zu folgern sein, daß ein Verzicht des Gläubigers auf die sich aus § 850 ergebende Unpfändbarkeit der Forderung unzulässig sei.

II. Abs. 1. 1. Nr. 1. Pfändbarkeit der Einnahmen eines pensionierten Beamten aus privater Tätigkeit. Königsberg 4. 1. 17, DJZ. 17, 444. Ein pensionierter Beamter kann sehr wohl eine Hauptbeschäftigung, die ihn vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, haben. Das frühere Beamtenverhältnis „beschäftigt" ihn nicht mehr, seine Pension bezieht er für Dienste, die er geleistet hat, nicht für solche, die er leistet. Das Ges. spricht aber nur von Diensten, die geleistet werden, und meint damit nur ein z. Z. der Pfändung bestehendes Dienstverhältnis. Die Ansicht des KG. (OLG. 19, 301), der pensionierte Beamte könne überhaupt keine Hauptbeschäftigung mehr ausüben, läuft auf eine Verwechslung des Begriffs der Hauptbeschäftigung mit dem der Haupteinnahme, die für den Pensionär regelmäßig in der Pension bestehen wird, hinaus. — Vgl. auch OLG. 25, 220 (Kiel) u. JDR. 15 Id.

2. Nr. 2. Rechtl. Natur des Rentenersatzanspruchs aus § 12 Abs. 3 BeamtenUFürsG. v. 18. 7. 01, Colmar 14. 7. 16, ElsLothJZ. 17, 58, bestätigt durch **RG.** 16. 11. 16, vgl. Ziff. 2 zu § 400 BGB.

3. Nr. 3. Pfändbarkeit der Kriegsteuerungszulagen. a) Im allgemeinen. Gießner, 29. aa) Da die Gewährung von Teuerungszulagen nicht als eine Lohn- oder

Gehaltszahlung zu betrachten ist, in den Beihilfen vielmehr auf dem Arbeitsverhältnisse beruhende — fortlaufende — Einkünfte in Geld zu erblicken sind, die der Dienstpflichtige auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit seines Dienstherrn erhält, so entscheidet sich die Frage ihrer Pfändbarkeit nicht nach § 850 Ziff. 1 und nach den ergänzenden Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmeges.; maßgebend ist lediglich die Vorschrift des § 850 Ziff. 3, nach welcher derartige Einkünfte der Pfändung nicht unterliegen, sofern der Schuldner zur Bestreitung des notdürftigen Unterhalts für sich, seinen Ehegatten und seine noch unversorgten Kinder ihrer bedarf. Hieraus folgt, daß man von einer allgemeinen Unpfändbarkeit dieser Kriegsbeihilfen nicht sprechen darf. Die Frage der Pfändbarkeit ist von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des besonderer Bedürfnisses des Schuldners zu entscheiden.

bb) Erstreckt sich die Gehaltspfändung überhaupt auf die Teuerungszulage? Maßgebend ist der Wortlaut des Pfändungsbeschlusses. Wird nach diesem nur das Gehalt des Bediensteten mit Beschlag belegt, so bezieht sich ein solcher Beschl. nur auf dieses und ergreift die neben dem Gehalt gewährten Nebenbezüge, wie Wohnungsgeld, Zulagen u. dgl. nicht. Lautet der Beschl. aber dahin, daß die Lohn- und Gehaltsforderung des Schuldners und sonstige Nebenbezüge aus dem Dienst- und Arbeitsverhältnis gepfändet werden, dann wird auch die Teuerungszulage mitumfaßt.

b) Aus der Rechtsprechung. aa) Für die Pfändbarkeit der Teuerungszulage städt. Beamten. Königsberg 8. 8. 17, DJZ. 17, 972. Sie ist ein Teil des Diensteinkommens im rechtl. Sinne, nicht lediglich Ausfluß der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten i. S. des § 850 Ziff. 3. Für die Rechtsfrage ist es bedeutungslos, daß die Familienzulage offensichtlich mit Rücksicht auf die Steigerung der Preise der wichtigsten Nahrungsmittel und Gebrauchsgegenstände, um ihr Beschaffen zu erleichtern, bewilligt worden ist, und ihre Pfändung durch Gläubiger des Beamten jenen Zweck vereiteln kann.

bb) Gegen Einrechnung der Teuerungszulage in den Arbeitslohn. Cöln 23. 3. 17, JW. 17, 556, LeipzZ. 17, 1015, OLG. 35, 134. Die von der Stadtverwaltung in Cöln den in ihren Diensten stehenden Arbeitern gewährte Teuerungszulage beruht auf der Erwägung, daß die Kosten der wichtigsten Nahrungsmittel und Gebrauchsgüter gerade in der Stadt C. im Laufe des letzten Kriegsjahres eine außerordentl. Steigerung erfahren haben, und daß deshalb den Arbeitern eine den gegenwärtigen Verhältnissen entsprechende Lohnzulage zur Bestreitung der unentbehrlichen Unterhaltskosten gewährt werden sollte. Der Zweck würde aber vereitelt werden, wenn diese Teuerungszulage ganz oder zum Teil den Gläubigern der Bediensteten zwecks Pfändung wegen ihrer Forderungen zur Verfügung stehen sollte. — Über österr. Recht vgl. Kraus, AÖstGZ. 17, 414.

cc) Zum Gesetz btr. die Unterstützung der zum Heeresdienst eingerufenen Mannschaften. Herzfeld, DJZ. 17, 679. Die Kriegsunterstützung ist denjenigen Bezügen gleichzustellen, die nach § 850 dem Zugriffe der Gläubiger entzogen sind. Dies gilt nicht hinsichtlich der Mietsunterstützung, die die Lieferungsverbände als besondere Beihilfe zur Miete gewähren. Ein Schutzbedürfnis des Unterstützungsempfängers liegt nicht vor. Im Verhältnis zwischen Mieter und Wirt stellt die Mietsunterstützung keine Forderung, sondern eine Verbindlichkeit des Unterstützten dar. Vgl. § 865, 2 ZPO.

4. Nr. 5. a) Unpfändbarkeit des Gehalts eines Beamtenstellvertreters. LG. Darmstadt 19. 2. 17, HessRspr. 17, 331. Es war beantragt, von dem dienstl. Einkommen eines Garnisonverwaltungsinspektor-Stellvertreters (der einem nichtmobilen Truppenteil angehörte) von 2400 M. den Betrag, der jährlich 2000 M. übersteigt, zu ⅓ zu pfänden. Das AG. hat den Antrag abgelehnt, die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde wurde zurückgewiesen, weil die in oberen Beamtenstellen verwendeten Mannschaften des Friedens- und Beurlaubtenstandes nach § 1 Ziff. 2 Abs. 2 der Bestimmungen über die Dienstverhältnisse der Mannschaften in Offizier- und Beamtenstellen während des Kriegs (Offizier- und Beamtenstellvertreter, Anl. 3 zur KriegsbesoldVorschrift) Personen des Soldaten-

standes bleiben und deshalb auf sie, soweit sie, zur Klasse der Unteroffiziere gehören, §850 Ziff. 5 ZPO. Anwendung findet.

b) Zur Frage der Unpfändbarkeit der Invalidenpension von Unteroffizieren weist Levy, JW. 17, 892 darauf hin, daß die Unpfändbarkeit nach geltendem Recht auch gegenüber Unterhaltsforderungen der Ehefrauen und Kinder besteht. Er empfiehlt eine Ausdehnung des Abs. 4 auch auf diese Forderungen, da kein innerer Grund bestehe, insbesondere die Ehefrauen der Unteroffiziere schlechter zu stellen.

5. Nr. 6. a) Keine Anwendung der Nr. 6 auf das Heeresgefolge. LG. Thorn 7. 7. 17, JW. 17, 822. (Schuldner war nach seinem Vertrage mit dem Stabsoffizier der Pioniere gegen eine monatliche Vergütung von 425 M. zur Aufsicht und Leitung von Armierungsbauten im Bereich einer Armee angestellt. Seine Berufung auf § 850 Nr. 6 ZPO. wurde zurückgewiesen.) Der Schuldner gehört allerdings zum Heeresgefolge i. S. des § 155 MilStGB., so daß die Strafvorschriften dieses Ges. auf ihn Anwendung finden. Der Begriff der Militärperson ist aber ein anderer, nämlich durch § 4 MilStGB. und Anlage dazu dahin festgelegt, daß nur die Personen des Soldatenstandes und die mit Militärrang bekleideten Militärbeamten darunter fallen. Den Begriff der Militärpersonen nach § 850 Nr. 6 anders aufzufassen wie im MilStGB., geht nicht an, weil er offenbar von dort herrührt.

b) Pfändbarkeit der Beamtengehälter bei Bezug von Offiziersbesoldung. Vogels, JW. 17, 32. Liegen die Voraussetzungen der Ziff. 6 vor und bezieht der Beamte Offiziersbesoldung, so sind die 7/10 dieser Besoldung, die der Beamte früher als Zivildiensteinkommen bezogen hat, jetzt aber als Militäreinkommen bezieht (§ 66 RMilG. in Verb. mit MV. v. 1. 6. 88), der Pfändung völlig entzogen. Auch die restlichen 3/10 der Offiziersbesoldung sind unpfändbar. Was der Beamte weiter als Zivildiensteinkommen bezieht, bleibt nach Abs. 2 pfändbar.

III. Abs. 3. Die vereinbarte Kapitalabfindung unterliegt nicht der Pfändungsbeschränkung nach § 850 Abs. 3. Hamm 30. 3. 16, JW. 17, 56. Der wirtschaftl. Zweck einer Rente wird durch die Umwandlung in eine einmalige Kapitalabfindung völlig verändert. Bei dieser ist es ungewiß, ob sie zum Unterhalt des Schuldners verwendet wird. Im Gegenteil verfolgt der Schuldner mit der Vereinbarung einer Abfindung gerade die Absicht, die vollständig freie Verfügung über seine Forderung auch zu anderen Zwecken zu erlangen. Es besteht daher kein genügender Grund, in ausdehnender Gesetzesanwendung auch Kapitalforderungen für unpfändbar zu erklären.

IV. Abs. 4. a) Pfändung zugunsten privilegierter Forderungen. Schmidt, DRZ. 17, 16 tritt gegenüber der herrschenden Auslegung des Abs. 4, wonach eine Berücksichtigung des notdürftigen Unterhalts ausgeschlossen ist (Breslau 9. 12. 05, OLG. 13, 210 und Stein 10 Anm. IV 2b Note 140) für eine freiere Auslegung ein, die darauf beruhe, daß nach der Natur der Sache die Selbsterhaltungsmöglichkeit gegen jeden Angriff eines Gläubigers geschützt sein müsse. (Vgl. § 1603 Abs. 2 BGB.) Daher wäre es am meisten wünschenswert, wenn die VollstreckungsG. gegenüber den privilegierten Forderungen der ehelichen Kinder von vornherein Pfändungsbeschlüsse nur in solcher Höhe erließen, daß dem Schuldner der eigene notdürftige Unterhalt gewährleistet bleibt.

b) Über den Umfang des notdürftigen Unterhalts für Schwerarbeiter in heutiger Zeit. LG. Breslau 20. 10. 17, BreslauAK. 17, 67 (monatlich 115 M. frei gelassen).

V. Kriegsrecht. BRVO. v. 22. 3. 17, RGBl. 254 läßt die Pfändung des Ruhegeldes der im Privatdienst angestellten Personen nur innerhalb der Grenzen zu, die für den Arbeits- und Dienstlohn bestehen. Gesetzl. abweichende Bestimmungen bleiben unberührt.

§ 851.

Unpfändbarkeit eines Prozeßkostenvorschusses, zu dessen Leistung der pfändende Ehemann der Schuldnerin gegenüber durch einstw. Vfg.

angehalten ist. LG. Stuttgart 18. 10. 15, WürttRpflZ. 17, 42. Es handelt sich um einen höchstpersönl. Anspruch zu einem gesetzlich bestimmten Zweck, bei dem die Unübertragbarkeit schon aus dem Grunde seiner Existenz, dem Bedürfnis für die Prozeßführung, folgt. Der Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß steht am nächsten einer Aussteuerforderung, deren Unübertragbarkeit und damit Unpfändbarkeit nach § 851 Abs. 1 ZPO. in § 1623 BGB. ausdrücklich angeordnet ist. (Die Unwirksamkeit wurde ferner darauf gestützt, daß die Leistung des Vorschusses „zu Händen des Prozeßbevollmächtigten" angeordnet, die Pfändung daher unter allen Umständen zwecklos und als solche unzulässig war.)

§ 857.

1. a) ZwVollstr. in den Anteil an einer Gemeinschaft oder den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. **RG.** 29. 3. 17, R. 17 Nr. 1126, WarnE. 17, 348. Die Ansicht, daß eine ZwVollstr. in solche Ansprüche nur da anerkannt werde, wo sich die Gemeinschaft entweder bereits im Auflösungsstadium befinde, wie in den Fällen des § 860 Abs. 2 und des § 2042 Abs. 2 BGB. mit § 859 Abs. 2 ZPO., oder wo dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben sei, die Gemeinschaft durch Kündigung zur Auflösung zu bringen, so in den Fällen des § 135 HGB., des § 725 BGB. mit § 859 Abs. 1 ZPO., des § 751 BGB. mit § 16 Abs. 2 KO. u. a., findet im Ges. keine Stütze. Die ZPO. gibt vielmehr für diejenigen Fälle, in denen die alsbaldige Realisierung eines gepfändeten Gegenstandes auf Schwierigkeiten stößt, in den §§ 844 und 857 ZPO. Mittel an die Hand, die Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen.

b) Insbesondere Vollstreckung in Mietsansprüche von Miteigentümern. LG. Dresden 1. 7. 15, BuschsZ. 46, 422. Unzulässigkeit der Vollstreckung in den Gegenstand der Berechtigung schlechthin ist nur da gegeben, wo eine Vollstr. in den Anteil des Schuldners in dieser Form nicht möglich ist. Sonst besteht nur eine teilweise Unzulässigkeit, ist also auch nur ein auf den Anteil des Dritten beschränkter Widerspruch möglich. So bei den ohne weiteres geteilten Forderungen einer Gläubigermehrheit (§§ 420, 741, 742 BGB.). Neuerdings hat man gerade den Fall der Mietansprüche von Miteigentümern des Mietgrundstücks anders behandeln, Unzulässigkeit der Vollstr. in etwas anderes als den Auseinandersetzungsanspruch des Schuldners gegen seinen Miteigentümer behaupten wollen (SeuffA. 66, 12; 69, 225). Indes handelt es sich auch da nur um die Geltendmachung durch Klage nach § 771 ZPO. (Vgl. hierzu Meyer a. a. O. 425.)

2. Pfändung von Eigentümerbuchhypotheken. HessJustizMin. v. 6. 1. 17, HessRspr. 17, 320 erörtert Gesichtspunkte für den Grundbuchrichter. Vgl. hierzu Schwarz, HessRspr. 18, 11.

3. Zulässigkeit von Hilfsvollstreckungen in den Berichtigungsanspruch. LG. Dresden 1. 7. 15, BuschsZ. 46, 422. Der Berichtigungsanspruch ist niemals Verwertungsgegenstand (Mayer, GruchotsBeitr. 56, 302; 531). Er kommt immer nur als Gegenstand einer Hilfsvollstreckung in Betracht, die den Weg für eine Vollstr. in ein verwertbares Recht insofern bahnt, als sie dem Gläubiger den Zugriff auf dieses erst möglich macht (**RG.** 74, 83; GruchotsBeitr. 54, 944; 55, 103). Voraussetzung seiner Beschlagnahme ist also stets die Möglichkeit, einer Vollstr. in ein verwertbares Recht als Vorbedingung für ihre Durchführung zu dienen. (Im gegebenen Falle — vgl. 1b — handelte es sich um die Pfändung von Mieten. Die VollstrSucherin bezeichnete den eingetragenen Nießbrauch als nicht bestehend und ließ den Berichtigungsanspruch des Eigentümers pfänden, um die Grundbuchberichtigung selbst in die Hand zu nehmen. Dies wurde für unzulässig erachtet. Die Vollstr. in die Mieten erfolgte ohne Rücksicht auf den Nießbrauch. Die erstrebte Löschung fördert die Vollstr. rechtlich nicht.) Vgl. hierzu Meyer a. a. O. 425, ferner IDR. 15, I; 14, 3).

4. Pfändbarkeit eines Unternehmens. a) Till, AÖstGZ. 17, 46 tritt gegen Geller (Das Unternehmen 1913) für die Pfändbarkeit eines Unternehmens, insbesondere nach österr. Rechte, ein. Durch Gründung eines Unternehmens schafft sich der Geschäfts-

mann eine Stellung, welche ihm die von ihm angestrebten Vorteile zu bringen geeignet ist; durch Erwerbung eines bereits gegründeten Unternehmens tritt er in die von seinem Vorgänger geschaffene vorteilhafte Stellung ein. — Nützt der Unternehmer die vorteilhafte Erwerbsgelegenheit für sich selbst aus, so darf die Legislative nicht zulassen, daß er sie seinen Gläubigern vorenthalten könne.

b) LG. Dresden 11. 6. 15, BuschsZ. 46, 431. Die deutsche Rechtspr. hat neuerdings, der weitaus überwiegenden Meinung innerhalb des RG. (22, 96; 28, 247; 51, 374; 56, 275; 58, 29; 64, 55; 76, 46) folgend, den eingerichteten Gewerbebetrieb nicht bloß als quasinegatorisch geschütztes Rechtsgut (60, 7; 61, 12, 369; 70, 229), sondern als ein bürgerl. Recht gegen jedermann, insbesondere — i. S. von § 823 Abs. 1 BGB. anerkannt. Soll von dieser Anerkennung eine Ausnahme gemacht werden, so bedarf das besonderer Rechtfertigung. Für die Anwendung des § 857 ZPO. sind die Gründe einer solchen nicht ersichtlich. Danach ist die Vollstr. in einen eingerichteten Gewerbebetrieb so zulässig, daß zunächst die Pfändung dieses Rechtes nach § 857 Abs. 2 und sodann weitere Maßregeln gemäß Abs. 3, 4 (verb. mit § 844) erwirkt werden. (Vgl. dagegen **RG.** 70, 228.)

5. Pfändung eines Warenzeichenrechts. München 22. 12. 16, BayRpflZ. 17, 128, OLG. 35, 183. Das Warenzeichen ist kein „selbständiges" Recht i. S. des § 857, so wenig wie Firma, Ausstattung oder Kundschaft, obwohl hier überall ein Vermögenswert vorliegt. — Abweichend vom Patentrecht ist am Warenzeichen eine echte Lizenz (abspaltende Rechtsübertragung) ohne Geschäftsübernahme nicht möglich, sondern abgesehen von einer Geschäftspacht u. dgl. nur ein tatsächl. Zustand zufolge Unterlassung gerichtlichen Vorgehens. Dieses, der Täuschung Vorschub leistende formelle Belieben des Berechtigten ist aber nicht als rechtliche Möglichkeit der Ausübungsüberlassung i. S. des § 857 Abs. 3 anzusehen.

6. Abs. 5. Verwertung von gepfändeten Geschäftsanteilen. LG. Münster, JW. 17, 705. Art und Ort der Veräußerung sind vom VollstreckungsG. von Fall zu Fall zu bestimmen. Die entsprechende Anwendung des § 816 ZPO. ist ausgeschlossen. Vgl. zu § 816, 3 ZPO.

7. Über die Umschreibung eines Patents trotz Pfändung. PatA. 27. 9. 17, JW. 17, 940 und Kohler a. a. O. Anm. 1.

§ 859.

Rostock 22. 7. 16, JDR. 15, 2 jetzt auch OLG. 35, 132.

§ 863.

Vorschläge zur Änderung des Rechtszustandes macht Kretzschmar 417.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

Schrifttum: Geib, Die Gläubigeranfechtung und § 864 Abs. 2 ZPO., AZivPr. 115, 58, (Zur Frage, wie sich die vom Anfechtungsgläubiger betriebene ZwVollstr. in ein Grundstück zu gestalten hat, an dem ein bisheriger Miteigentümer das Alleineigentum dadurch erworben hatte, daß ihm das Anteilsrecht des Schuldners in anfechtbarer Weise übertragen worden ist.) — Graßhoff, Kann der Präsident der Ansiedlungskommission auf Grund einer für letztere im Grundbuch eingetragenen Hypothek wegen Zinsrückständen ohne vollstreckbaren Titel im Verwaltungszwangsverfahren die ZwVollstr. eines Grundstücks beantragen? ZBlFG. 18, 105. (Wird bejaht auf Grund der Fortgeltung des § 11 Instrukt. v. 23. 10. 17, GS. 248 u. § 42 VO. v. 26. 12. 08, GS. 17, 282; vgl. RG. 55, 61). — v. Ohmeyer, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die zwangsweise begründete Hypothek, AÖstGZ. 17, 291.

§ 865.

1. Begriff des Zubehörs. Augsburg 7. 6. 16, OLG. 35, 135. Der GV. hat bekundet, daß die gepfändeten 10 Kühe sich z. Z. der Pfändung noch in dem die Zubehöreigenschaft begründenden räumlichen Verhältnisse zur Hauptsache befunden haben. Dies ist aber für die Fortdauer dieser Eigenschaft von entscheidender Bedeutung. Die Annahme

des LG., daß das Vieh schon durch die vom Schuldner kundgegebene Absicht der Veräußerung der Zubehöreigenschaft entkleidet und zum Gegenstande eines Handelsgewerbebetriebes geworden, ist nicht zutreffend.

2. Gehören die seitens der Gemeinden an Angehörige der Kriegsteilnehmer gewährten Mietbeihilfen zur Immobiliar-Zwangsvollstrekkungsmasse? LG. II Berlin 22. 5. 17, KGBl. 17, 67. Mietbeihilfen sind Beträge, welche von den Gemeinden zur Unterstützung von Angehörigen der Kriegsteilnehmer oder sonstigen Bedürftigen für deren Rechnung freiwillig an den Hauswirt gezahlt werden. Wenn daran auch vielfach die Bedingung geknüpft wird, daß der Hauswirt den Mietern die Miete etwas ermäßige oder stunde, so handelt es sich doch um die Zahlung der vom Mieter geschuldeten Mietbeträge durch einen Dritten (§ 267 BGB.). Der Anspruch des Schuldners auf die gemäß § 1123 BGB., § 148 ZVG. der Beschlagnahme unterworfenen Mieten kann gemäß § 865 Abs. 2 ZPO. während bestehender Zwangsverwaltung nicht gepfändet werden. Vgl. § 850 II Ziff. 3cc ZPO.

§ 867.

1. Keine Verteilung gemäß § 867 Abs. 2 bei Personalfolien. LG. Kiel 9. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 130. Von der Regel des Abs. 2 ist eine Ausnahme zu machen, wenn die Art der Eintragung (Verzeichnung der Parzellen unter besonderen Nummern) auf andere Umstände, als den Willen der Beteiligten zurückzuführen ist, dem Grundstücksteil einen rechtlich selbständigen Charakter zu geben, z. B. bei Versehen des Grundbuchbeamten. Ein gleiches hat aber auch dann zu gelten, wenn es sich um ein Grundbuchblatt älterer Art handelt — sog. Personalfolium gemäß § 14 der GBO. v. 5. 5. 72, bei dessen Anlegung die Aufführung der einzelnen Parzellen im Anschluß an die Grundsteuermutterrolle unter besonderen Nummern ohne die Absicht, ihnen einen selbständigen Charakter beizulegen, erfolgt ist.

2. Bedeutung der ungeteilten Eintragung. KG. 23. 11. 16, KGJ. 49, 232. Eine unter Verletzung des § 867 Abs. 2 ZPO. auf mehrere Grundstücke eines gemeinschaftl. Grundbuchblatts ungeteilt eingetragene Arrestsicherungshypothek oder gewöhnliche Zwangshypothek ist inhaltlich unzulässig. (Im Anschluß an KGJ. 40, 310 und SeuffA. 69, 43.)

3. Über die Form der Eintragung der Zwangshypothek KG. 2. 11. 16, DJZ. 17, 1032.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 872.

Einfluß der Hinterlegung zugunsten eines Zessionars, dessen Ansprüche sich nicht gegen sämtliche beteiligten Pfändungsgläubiger richten. LG. I Berlin 21. 6. 17, KGBl. 17, 65. Richtet sich der Mitzugriff auf die Verteilungsmasse von dritter Seite nur gegen einzelne Pfändungsgläubiger, so können die übrigen dadurch in ihrer Befriedigung nicht beeinträchtigt werden, da die von ihnen betriebene Zwangs-Vollstr. durch jenen Zugriff gar nicht berührt wird. Deshalb muß, wie das BeschwerdeG. bereits in dem Beschl. v. 19. 3. 14 KGBl. 15, 106 (JDR. 14, 1) hinsichtlich der Wirkung einer relativen interventionsweisen Einstellung oder Hinterlegungsanordnung ausgeführt hat, das Verteilungsverfahren nur unter Berücksichtigung der auf einzelne Pfändungsgläubiger beschränkten und sonach nur deren Massenanteile ergreifenden Maßregel fortgesetzt werden, ähnlich wie wenn bei einer generellen Intervention der Intervenient einem Teil der Pfändungsgläubiger gegenüber obgesiegt hat, einem anderen Teile gegenüber dagegen unterlegen ist. Insbesondere diesem letzteren Falle steht der Fall gleich, daß der Drittschuldner von vornherein mit für einen Zessionar hinterlegt hat und daß der letztere gegenüber nur einem Teile der Pfändungsgläubiger rechtskräftig von einer Beteiligung an der Masse ausgeschlossen ist. Hier haben die letzteren ein Recht auf Fortsetzung des Verteilungsverfahrens.

§ 874.

Sofortige Beschwerde zulässig nur wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften. LG. III Berlin 3. 11. 16, KG. 28. 11. 16, KGBl. 17, 13. Gegen einen Verteilungsplan ist die sofortige Beschwerde aus § 793 nur dann zulässig, wenn geltend gemacht wird, daß bei Aufstellung des Planes die Verfahrensvorschriften des Ges. nicht berücksichtigt worden sind. Ist der Plan formell richtig aufgestellt und wird nur seine materielle Unrichtigkeit behauptet, so kann diese Unrichtigkeit nur mittels des Widerspruchs gemäß § 156 Abs. 1 und 2 ZVG., §§ 876ff. ZPO. geltend gemacht werden. Vgl. OLG. 10, 394.

§ 879.

1. Ergänzung des Widerspruchs in der Klage. **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 2069. Im Widerspruchsprozeß ist zwar die Sachlage z. Z. des Verteilungstermins maßgebend und dürfen spätere Ereignisse nicht zur Begründung des Widerspruchs herangezogen werden. Die rechtl. Begr. des Widerspruchs im Verteilungstermine ist aber an sich nicht notwendig und kann nachträglich im Rechtsstreit ergänzt und berichtigt werden (GruchotsBeitr. 60, 346, **RG.** 84, 10).

2. Rechtskraftwirkung des über einen Widerspruch im Verteilungsverfahren ergehenden Urteils. Kiel 14. 12. 16, LeipzZ. 17, 354, OLG. 35, 185, SchlHolstAnz. 17, 92, SeuffA. 72, 272. Ausgangspunkt und Ziel der Widerspruchsklage ist nicht nur das prozessuale, sondern auch das materielle Recht auf den Versteigerungserlös (**RG.** 15, 221; 62, 168; 71, 426; 78, 63). Wird daher im Widerspruchsverfahren rechtskräftig festgestellt, daß der Widersprechende das materielle, bessere Recht auf den Versteigerungserlös hat, so regelt sich hierdurch die Rechtslage nicht nur im Rahmen des ZwVerstVerfahrens, sondern auch unabhängig davon endgültig nach den Grundsätzen von der Rechtskraft. Enthält der mit Erfolg Widersprechende den Versteigerungserlös kraft besseren Rechts rechtskräftig zugesprochen, so ist hiermit auch einem etwaigen Bereicherungsanspruche des unterliegenden Gegners ohne weiteres der Boden entzogen.

3. Kostenentscheidung bei sofortigem Anerkenntnis des Widerspruchsrechts. Kiel 12. 6. 17, OLG. 35, 41. Allerdings galt der Bekl., der im Verteilungstermin nicht erschienen war, nach § 877 als solcher, der den Widerspruch des Kl. nicht als begründet anerkannte. In jenem Ausbleiben liegt aber kein Verschulden des Bekl.; denn eine gesetzl. Verpflichtung der beteiligten Gläubiger, zu diesem Termine zu erscheinen, besteht nicht. Unter diesen Umständen mußten, falls der Kl. ohne vorherige Aufforderung aus § 878 klagte und der Bekl. darauf sofort den Anspruch anerkannte, besondere Tatsachen, aus denen der Kl. annehmen durfte, daß er ohne Anrufung des Gerichts nicht zu seinem Rechte kommen werde, vorgelegen haben, um eine Belastung des Bekl. mit den Kosten zu rechtfertigen. (Vgl. ThürBl. 61, 12, KGBl. 13, 82, FrankfRdsch. 45, 142.)

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

Schrifttum: Du Chesne, Wirkungsarten und Formen der Eintragungsbewilligung, R. 17, 578.

§ 887.

Zulässigkeit der Vornahme einer Handlung durch den Schuldner, nachdem der Gläubiger gemäß § 887 zu der Vornahme auf Kosten des Schuldners ermächtigt worden ist. Dresden 17. 3. 17, JW. 17, 866. Es darf dahingestellt bleiben, ob der Schuldner im Falle seiner Verurteilung zur Vornahme eines längere Zeit in Anspruch nehmenden Baues überhaupt noch verlangen kann, zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung zugelassen zu werden, nachdem wegen seines Erfüllungsverzugs der Gläubiger gemäß § 887 ermächtigt worden ist, den Bau auf Kosten des Schuldners ausführen zu lassen. RG. JW. 98, 201, das die Vornahme einer einheitlichen

Handlung, nämlich die Bestellung einer Sicherheit betrifft, läßt sich für die Bejahung dieser Frage nicht verwerten. Die in Fällen der vorliegenden Art entstehende Frage ist dann zu verneinen, wenn der Gläubiger (wie im gegebenen Falle) wegen des an den Tag gelegten Verhaltens des Schuldners ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Ermächtigungsbeschlusses hat. (Der Schuldner war am 16. 3. 16 vom AG. zur Vornahme baulicher Herrichtungen am Grundstücke des Gläubigers verurteilt, das Urteil am 4. 8. 16 nach zweijähriger Dauer des Prozesses vom LG. bestätigt worden. Dem Antrage des Gläubigers aus § 887 hatte der Schuldner aus nichtigen Gründen widersprochen.) Zustimmend und gegen die herrsch. Meinung (Gaupp, Stein, Seuffert, Struckmann, Koch und Falkmann) Kretzschmar, JW. 17, 866 Anm. 10.

§ 888.

1. Im Verfahren nach § 888 ist eine Strafandrohung nicht erforderlich. Dresden 31. 3. 16, OLG. 35, 138, SächsOLG. 37, 387. Die Strafe aus § 890 ist echte, wenn auch nur zivile Ungehorsamsstrafe, die von Amts wegen vollstreckt wird und als solche eine vorherige Strafandrohung erfordert. Die Strafe aus § 888 dagegen ist ein bloßes prozessuales Zwangsmittel, dessen Vollziehung die Partei auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung zu betreiben hat. Mit Rücksicht auf diesen Charakter wird die Strafverfügung aus § 888 hinfällig, wenn der Schuldner vor der Vollziehung seiner Verpflichtung nachkommt. Sie enthält also zugleich, und zwar in erster Linie, die an den Schuldner gerichtete Androhung, daß die ausgeworfene Strafe vollstreckt werden würde, wenn er seine Verpflichtung nicht noch erfülle. (Ebenso OLG. 25, 202 und die meisten Ausleger; anders SächsOLG. 31, 38.)

2. Beschaffenheit der Rechnungslegung. Dresden 6. 5. 16, OLG. 35, 137, SächsOLG. 37, 395. Will der Gegner des Rechnungspflichtigen einwenden, daß die Abrechnung materiell unrichtig, also Einnahmen nicht oder zu niedrig eingestellt, oder Ausgaben zu Unrecht oder zu hoch angesetzt seien, so hat er dies nicht in dem Vollstreckungsverfahren, sondern mittels besonderer Klage geltend zu machen. — Den Gegensatz bilden die formalen Mängel der Rechnung, die sie als geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben der geführten Verwaltung nicht mehr erscheinen lassen. Die Rechnung muß, um zu genügen, verständlich sein, mit der Eröffnung der Verwaltung einsetzen und den Gegner in die Lage bringen, mit bestimmten Erinnerungen und schlüssigen Beweisanträgen dagegen hervorzutreten. Insbesondere werden formale Mängel geltend gemacht, wenn behauptet wird, gewisse Ansätze seien nur als Sammelposten aufgeführt, ohne daß es sich hierbei um die verkehrsübliche Zusammenfassung kleiner Beträge handle, und es fehlten Belege, wo solche erteilt zu werden pflegten.

§ 890.

1. Zeitpunkt des Beginns der Verpflichtung zur Unterlassung. Frankfurt 3. 7. 16, FrankfRdsch. 50, 149. Vor der Urteilszustellung kann eine Zuwiderhandlung gegen das im Urteile ausgesprochene Verbot nicht begangen werden. Denn das Urteil selbst enthält nur eine Entsch. des Gerichts, von der Gebrauch zu machen dem Ermessen der Gläubigers überlassen ist. Will der Gläubiger von dem Urteile Gebrauch machen, so hat er die einstw. Vfg. zunächst durch Zustellung des Urteils zu vollziehen (**RG.** 8. 7. 10, JW. 10, 831). Vgl. auch Hamburg 27. 3. 17, HansGZ. 17 Bbl. 121, wo im übrigen im Anschluß an die herrsch. Rechtspr. **RG.** 21, 418; 40, 383; 51, 132 u. a. angenommen ist, daß einstw. Vfg. schon dann als vollzogen anzusehen sind, wenn der Antragsteller durch die Zustellung seinen Willen kundgegeben hat, daß er auf Befolgung des Verbots bestehe.

2. Fallen unter § 890 auch Handlungen vor Rechtskraft des Urteilsverbots? Hamburg 11. 11. 16, OLG. 35, 139 verneint die Frage, indem dahingestellt gelassen wird, ob eine arglistige oder auch nur grobfahrlässige Herbeiführung eines hernach nicht mehr vermeidlichen Verstoßes gegen das Urteilsverbot die Bedeutung einer strafbaren Zuwiderhandlung gewinnen kann.

3. Strafandrohung vor Zuwiderhandlung. Darmstadt 15. 5. 16, HessRspr. 18, 144. Der Nachweis eines dem Schuldtitel widerstrebenden Verhaltens des Schuldners ist für den Erlaß einer Strafandrohung nach § 890 Abs. 2 nicht erforderlich. Sie ist schon zulässig, bevor der übernommenen Verpflichtung zuwider gehandelt wurde (**RG.** 42, 422, OLG. 13, 217).

4. Haftung für Verschulden Dritter. Hamburg 22. 2. 17, OLG. 35, 140. (Der Schuldner war rechtskräftig verurteilt worden, bei 30 M. Geldstrafe für jeden Zuwiderhandlungsfall die Öffnung der Fenster seines Hauses nach dem Hofraum zu von 9 Uhr morgens an zu unterlassen. Das Haus war an X. vermietet worden, der die Fenster geöffnet haben sollte.) Das Verschulden, das Voraussetzung für eine Bestrafung des Schuldners nach § 890 ist, muß den Schuldner selbst treffen. Eine Haftung des Schuldners für Dritte i. S. von §§ 278, 831 BGB. kann, da es sich um eine Strafbestimmung handelt, nicht in Betracht kommen. Ein Verschulden des Schuldners könnte einmal darin erblickt werden, daß er seine Mieter nicht verpflichtet hätte, der Auflage des Urteils nachzukommen, dann aber auch darin, daß er den Mieter nicht hinreichend beaufsichtigt hätte. (Beides wurde verneint.)

§ 894.

Über das Verhältnis des § 894 zu § 22 GBO. Du Chesne 578. Die Vollstreckung eines Urteils kann der Schuldner nicht gegen sich selbst betreiben. — Die urkundl. Eintragungsbewilligung wird durch das rechtskräftige Urteil nur dann überflüssig gemacht, wenn der Gläubiger es zum Zwecke vollstreckungsweiser Eintragung vorlegt. Auch diese Eintragung nämlich ist noch Vollstreckungsakt; sie wird durch § 894 ebensowenig Akt der freiwill. Gerichtsbarkeit, wie das Urteil selbst durch die Rechtskraft zur Eintragungsbewilligung wird (580).

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

Schrifttum: Hermann, Kann die Militärbehörde das Ersuchen um Vollstreckung des Haftbefehls im Offenbarungseidverfahren gegen eine immobile Militärperson aus dienstlichen Gründen ablehnen? R. 17, 333. — Kaden, Zur Frage des Widerspruchs gegen die Offenbarungspflicht, SächsRpflZ. 17, 207.

§ 899.

Begriff des Aufenthaltsortes. KG. 1. 6. 17, LeipzZ. 17, 1199. Für den Begriff des Aufenthalts nach § 899 ist nicht maßgebend, wo sich der Schuldner gerade in dem Augenblicke körperlich befindet, in welchem der Eidesantrag bei Gericht eingeht. Es kann nur derjenige Ort gemeint sein, in welchem sich der Schuldner zurzeit hauptsächlich aufhält, an dem vor allem diejenigen Interessen in der Hauptsache zusammenlaufen, wegen deren er sich von seinem Wohnsitze entfernt und Aufenthalt im Deutschen Reiche genommen hat.

§ 900.

1. Geltendmachung des Widerspruchs gegen die Offenbarungspflicht. Kaden 207 wendet sich gegen die, von der herrsch. Meinung, insbesondere vom KG. (OLG. 13, 221, vgl. 20, 373; 22, 400) vertretene Ansicht, daß der Widerspruch in dem nach § 900 zu bestimmenden Termine erhoben werden müsse, und daß Einwendungen, die außerhalb und nach Ablauf dieses Termins geltend gemacht werden, nur beachtet werden können, wenn sie von Amts wegen zu berücksichtigen oder später entstanden sind. Die §§ 900, 901 bestimmen ausschließlich über Vorgänge, die sich im Termin ereignen und deren Folgen. Ausschließlich nicht in dem Sinne, daß alle wesentlichen Vorgänge in den Termin verwiesen, und alle die, die außerhalb desselben eintreten, für unbeachtlich erklärt würden, sondern in dem Sinne, daß dabei von der Festsetzung des Einflusses der gleichzeitig vorliegenden Tatsachen, die nach sonstigen Bestimmungen der ZPO. erheblich sind, abgesehen wird. § 900 Abs. 3 betrifft nur die Frage, wie es mit der Eidesabnahme zu halten ist, wenn der

im Termin erschienene Schuldner dort die Eidespflicht bestreitet, ohne zu bestimmen, ob dieses Bestreiten nicht auch in anderer Weise erfolgen kann. § 901 aber will sagen: Gegen den ausbleibenden Schuldner ist Haftbefehl zu erlassen, wenn er nicht seine Offenbarungspflicht vorher schriftlich bestritten hat. Vgl. zu § 929 ZPO.

2. Begründet die Pfändung der Forderung für den Schuldner einen Widerspruch gegen seine Offenbarungspflicht? LG. Dresden 28. 8. 15, BuschsZ. 47, 168. Die Pfändung der Forderung des Gläubigers zugunsten des Schuldners ergibt nur einen Grund für die Einstellung der ZwVollstr. entsprechend § 775 Ziff. 4 ZPO. Nach § 776 ZPO. bleiben in diesem Falle nicht nur die bereits erfolgten VollstrMaßregeln einstweilen bestehen, sondern es ist auch die Vollstr. auf Verlangen des Gläubigers ohne weiteres fortzusetzen. Vor der Fortsetzung des Verfahrens kann sich der Schuldner nur dadurch schützen, daß er die VollstrGegenklage erhebt und die Einstellung der Vollstr. nach §§ 767, 769 herbeiführt.

§ 901.

1. Nachträgliche Entschuldigung des Ausbleibens des Schuldners. Karlsruhe 31. 5. 16, BadRpr. 17, 63. Der Haftbefehl durfte gemäß § 901 nicht erlassen werden, wenn das Ausbleiben des Schuldners in dem zufolge § 900 Abs. 1 bestimmten Termine genügend entschuldigt war, und er müßte auf seine Beschwerde auch dann als ungesetzlich aufgehoben werden, wenn der Schuldner auch nur erst hinterher darzutun vermocht hätte, daß sein Nichterscheinen in diesem Termin als ihm zuzurechnende Mißachtung einer ordnungsmäßigen Ladung nicht anzusehen gewesen wäre. (Im gegebenen Falle verneint u. a. deswegen, weil der Schuldner die Behauptung, die Ersatzzustellung habe ihn verspätet erreicht, nicht glaubhaft gemacht, insbesondere nicht angegeben hatte, welche Anordnungen er getroffen, um dafür zu sorgen, daß in seiner Abwesenheit für ihn eingehende Schriftstücke rechtzeitig an ihn gelangen konnten.)

2. KG. 6. 3. 17, LeipzZ. 17, 1150, OLG. 35, 186. Die Haft kann nur gegen den ohne entschuldigenden Grund nicht erschienenen Schuldner angeordnet werden. Hat der Schuldner einen Entschuldigungsgrund geltend gemacht, so hat sich der Richter davon zu überzeugen, ob die Angabe des Schuldners richtig ist. Erforderlichenfalls ist das Fragerecht auszuüben, welche Beweise der Schuldner antreten wolle. Das Gericht kann nicht von ihm eine Glaubhaftmachung fordern, wenn es sich auch mit einer solchen begnügen kann. Nur in bestimmten Fällen ist in der ZPO. die Glaubhaftmachung vorgeschrieben, u. zw. innerhalb des Offenbarungsverfahrens nur in den Fällen der §§ 807 und 903.

§ 903.

Voraussetzung und Nachweis für eine erneute Offenbarung. LG. Dresden 24. 6. 15, BuschsZ. 46, 434. Die Beschwerde meint, die weitere Offenbarung werde nach dem Zwecke des Ges. nicht durch die frühere Handlung als solche ausgeschlossen, sondern nur durch ihr fortdauerndes Ergebnis, daß ein genügendes „Offenliegen" des Schuldnervermögens gegeben sei. Dem ist aber nicht beizutreten. (Wird ausgeführt.) Freilich befreit den Schuldner nur die ordnungsmäßige Offenbarung. Danach ist in einem zweiten Verfahren auch eines anderen Gläubigers eine Bemängelung der früheren Offenbarung mit dem Erfolge möglich, daß jenes Verfahren doch zur Durchführung gelangt, ebenso wie im Falle der Glaubhaftmachung neuen Erwerbes. Aber auch insoweit liegt die Darlegung dem betreibenden Gläubiger ob. Die richterliche Eidesabnahme muß die Vermutung mit sich bringen, daß ordnungsmäßig offenbart ist.

§ 906.

Erlaß des Haftbefehls bei schwerer Erkrankung des Schuldners. Kiel 3. 8. 16, SchlHolstAnz. 17, 70. Allerdings kann die Leistung des Offenbarungseides, insbesondere bei Herzkranken, eine gewisse Erregung herbeiführen. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß die Eidesleistung, wenn ihr ein gewissenhaft angefertigtes Vermögensverzeichnis zugrunde liegt, auf die Schuldnerin einen so tiefen Eindruck machen

muß, daß Leben oder Gesundheit unverhältnismäßig beeinträchtigt werden könnte. (Nicht entschieden im gegebenen Falle, ob durch Krankheit des Schuldners nur die Vollziehung oder schon die Anordnung der Haft ausgeschlossen wird.)

§ 912.

Vollstreckung des Haftbefehls gegen immobile Militärpersonen. Hermann 233. Die Gegenüberstellung von Schuldnern, die einer mobilen Truppe angehören, und anderen heeresangehörigen Schuldnern in den §§ 904 und 912 ZPO. scheint darauf hinzuweisen, daß die Stellung der Militärbehörde in bezug auf die Vollstreckung der Offenbarungseidshaft gegen immobile Militärpersonen eine rein formale sei. Es wird gezeigt, daß eine solche Auffassung unhaltbare Folgen in sich bergen müßte. Daher hat die Militärbehörde zu prüfen, ob im militärdienstlichen Interesse die Haft zurzeit und ununterbrochen vollstreckt werden kann, wobei selbstverständlich die Interessen des Gläubigers mit berücksichtigt werden müssen, soweit das dienstliche Interesse dies irgendwie gestattet.

§ 915.

KG. 13. 4. 15, JDR. 14, 1 jetzt auch BuschsZ. 46, 435.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

Schrifttum: Du Chesne, Die Vollziehung eines durch einstweilige Verfügung angeordneten Verfügungsverbots hinsichtlich eines Liegenschaftsrechts, DNotV. 17, 205. — Eger, Kann die einstweilige Verfügung in Heizungsstreitigkeiten eine Strafandrohung enthalten? SächsRpflA. 17, 250. — Ehrenberg, Arrest zur Sicherung von Versicherungsansprüchen, LeipzZ. 17, 575. — Fränkel, Sequestration von Grundstücken bei bestehender Zwangsverwaltung, DJZ. 17, 895. — König, Offenbarungseid und Arrestbefehl, R. 17, 357. — Kretzschmar, Eintragung eines vom Gericht angeordneten Veräußerungsverbots in das Grundbuch, DNotV. 17, 349. — Teichmann, Arrestvollzug und Sicherheitsleistung, WürttZ. 59, 147.

§ 916.

1. Arrest zur Sicherung von Versicherungsansprüchen. Ehrenberg 575. Können deutsche Versicherungsnehmer nordamerikanischer Versicherungsgesellschaften wegen der Gefahr, daß ihre Versicherungsansprüche im Laufe des Krieges fällig werden und unbefriedigt bleiben sollten, das in Deutschland befindliche Vermögen ihrer Gesellschaft mit Arrest belegen lassen? Die Frage bezieht sich nur auf solche Ansprüche, von denen ungewiß ist, ob sie überhaupt, bzw. in welchem Zeitpunkt sie eintreten werden, nichtfällig in diesem Sinne; denn daß für die durch Eintritt des Versicherungsfalles bereits entstandenen, später zahlbaren Ansprüche eine solche Arrestanlage zulässig ist, unterliegt keinem Zweifel. Im übrigen vgl. oben Ziff. 1 zu §§ 159ff. VersVG.

2. Colmar 15. 12. 15, JDR. 15 jetzt auch ElsLothJZ. 16, 391.

§ 917.

1. Vorbringen haltloser Einreden als Arrestgrund. Kiel 7. 9. 16, SchlHolstAnz. 17, 70. Das Vorbringen von Einwendungen, die sich hinterher als unbegründet herausstellten, sprach zwar für das Bestreben des Bekl., seine Verurteilung zu vermeiden oder hinauszuschieben, ließ indessen ohne das Hinzutreten anderer Umstände noch nicht befürchten, daß auch einer zukünftigen Zwangsvollstreckung Schwierigkeiten in den Weg gelegt werden sollten.

2. Zwangsvollstreckung im Auslande. KG. 29. 8. 17, JW. 17, 862. Eine Wiener Firma hatte gegen eine Schweizer Firma, die in Wien eine Sicherheit hinterlegt hatte, aber auch im Deutschen Reich Vermögen besaß, auf Grund des § 917 Abs. 2 Arrestantrag gestellt. Der Antrag wurde zurückgewiesen. Durch § 917 Abs. 2 soll der Gläubiger gegen die Gefahren gesichert werden, die ihm durch die ZwVollstr. im Ausland drohen, gegen die möglichen Benachteiligungen, wenn er ZwVollstr. als Ausländer betreiben muß. Bei der Antragstellerin kommen solche Gefahren nicht in Frage, da sie in Wien nicht Ausländerin ist.

§ 918.

Voraussetzungen des persönlichen Sicherheitsarrestes. Naumburg 20. 4. 17, NaumburgAK. 17, 37. (Die Schuldnerin hatte in einem zweiten Verfahren zur Leistung des Offenbarungseides angegeben, daß sie außer 400 M. bar noch 2000 M. Kriegsanleihe besitze und im Wäscheschrank ihrer Wohnung aufbewahre, der GV. bei einer demnächstigen Zwangsvollstreckung weder Geld noch Kriegsanleihe vorgefunden. Das OLG. ordnete den persönlichen Arrest an.) Der persönliche Sicherheitsarrest ist allerdings nicht zulässig, um den Schuldner zur Herbeischaffung von auswärts befindlichen Deckungsmitteln oder zur Angabe, wo diese sich befinden, zu zwingen, vielmehr muß das Vorhandensein von Vermögensstücken, die zur Befriedigung des Gläubigers dienen können, glaubhaft gemacht sein und es muß der Personalarrest notwendig erscheinen, um diese Gegenstände für die künftige ZwVollstr. festzuhalten (JW. 99, 490). Daß die Bekl. Vermögensstücke besitzt, die zur Befriedigung des Kl. dienen können, ergibt ihre Erklärung im Termin. Durch die unmittelbar danach bei ihr vorgenommene fruchtlose ZwVollstr. ist aber auch weiter glaubhaft gemacht, daß die Bekl. alsbald nach der Leistung des Offenbarungseides den Aufbewahrungsort dieser Vermögensstücke verändert hat, offenbar um sie dem Zugriff des Kl. zu entziehen. Einer Wiederholung dieses Verfahrens wird dadurch vorgebeugt werden, daß die Bekl. in Haft gebracht, und wenn sie, erneut zur Leistung des Offenbarungseides vorgeladen, den derzeitigen Ort der Aufbewahrung ihres Vermögens angegeben haben wird, verhaftet bleibt, bis der Kl. auf Grund ihrer neuen Angabe geeignete Vollstreckungs- oder Sicherungsmaßregeln treffen kann.

§ 919.

Zuständigkeit der inländ. Gerichte zur Anordnung des dingl. Arrests wegen eines Anspruchs, über den vereinbarungsgemäß ein ausländ. Schiedsgericht zu entscheiden hat. Dresden 25. 2. 16, OLG. 35, 143, SächsOLG. 37, 380. Die Schiedsgerichtsvereinbarung macht nicht die Erhebung der Klage bei den ordentl. Gerichten ohne weiteres unzulässig. Sie begründet nur eine Einrede, die, wenn der Gegner von ihr Gebrauch macht, die Durchführung der erhobenen Klage hindert. Aber auch wenn die Sache vor das SchiedsG. gebracht wird, liegt die Befassung der ordentlichen Gerichte mit derselben im Rahmen der Rechtsverfolgung. Um die ZwVollstr. betreiben zu können, muß der Kl. auf Grund des Schiedsspruchs ein Vollstreckungsurteil des ordentl. Gerichts erwirken (§ 1042); falls der Spruch des Schiedsgerichts im Rechtsmittelzug der Nachprüfung eines ausländ. ordentl. Gerichts unterstellt werden kann (wie im gegebenen Falle) ein inländ. Vollstreckungsurteil aus § 722 ZPO. Trotz der Schiedsgerichtsvereinbarung ist also für die Sache ein Gerichtsstand bei den ordentlichen Gerichten begründet und damit auch die Möglichkeit gegeben, bei dem hiernach zuständigen Gericht als dem Gericht der Hauptsache i. S. von § 919 einen Arrest zu erwirken.

§ 921.

Kostenentscheidung im Beschluß über Anordnung eines Arrestes. Naumburg 25. 5. 17, NaumburgAK. 17, 41. Bei der vorläufigen, unter stillschweigendem Vorbehalt der endgültigen Entsch. des Gerichts geschehenen Anordnung des Arrestes durch Beschluß kann von dem Unterliegen einer Partei noch nicht die Rede sein. (Daher wird die Zulässigkeit einer Kostenentscheidung gegen BayObLG. 13. 7. 01, OLG. 3, 212 verneint.) Vgl. JDR. 15.

§ 923.

Verhalten des Gerichtsvollziehers, wenn der Schuldner die Hinterlegungssumme anbietet. Teichmann 147. Freilich gehört es nicht zu den amtl. Aufgaben des GV., als Beauftragter des Schuldners die Hinterlegung zu bewirken, aber ein Entgegenkommen gegen den Schuldner dürfte zu dem nobile officium zu rechnen sein, das wie der Richter so auch jeder im Dienste der Rechtspflege stehende Beamte, auch der GV., auf sich zu nehmen hat. — Es wird deshalb empfohlen, unter Aufhebung der

Ziff. 23. der württ. JMVf. v. 10. 5. 13 (ABl. 675), den GV. zu ermächtigen, die ihm vom Schuldner angebotene Hinterlegungssumme entgegen zu nehmen und deren Hinterlegung auf den Namen und im Auftrag des Schuldners zu bewirken.

§ 925.

1. Anwendbarkeit des § 264 auf den Arrestprozeß. Karlsruhe 21. 6. 16, BadRpr. 17, 3. Wäre, wie Bekl. behauptet, der § 264 im Arrestprozeß nicht einmal entsprechend anwendbar, so würde daraus folgen, daß bei der mündlichen Verhandlung über den Widerspruch gegen den Arrestbeschluß der Arrestanspruch ohne weiteres auf eine andere Grundlage gestützt werden konnte, als im schriftlichen Arrestgesuch und im Arrestbeschluß. — Gilt aber das Verbot der Klageänderung (§ 264) auch für den Arrestprozeß, so ist nicht einzusehen, weshalb die zur Abschneidung unnützer Weiterungen und zur Verhütung der Vermehrung der Prozesse erlassenen Bestimmungen der §§ 269 und 270 ZPO. nicht auch im Arrestprozeß entsprechend anwendbar sein sollten.

2. Keine Entscheidung über Schadensansprüche im Widerspruchsverfahren. Dresden 21. 12. 16, OLG. 35, 142. In § 925 ist nicht auch die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel vorgesehen. Einer solchen Aufhebung bedarf es angesichts der §§ 775 Nr. 1, 776 auch nicht. Die Hinterlegung des Drittschuldners (infolge einer auf Grund des Arrestbefehls ausgebrachten Forderungspfändung) ist nicht mehr selbst eine Vollstreckungsmaßregel, sondern die der Bekl. schädliche Folge einer solchen. Anders als in den Fällen der §§ 302, 717 ist die Verfolgung dieses Anspruchs im anhängigen Arrestprozeß nicht zugelassen (**RG.** 50, 406; 58, 239).

§ 928.

Unzulässigkeit einer mit einem Arrestbefehle verbundenen Forderungspfändung, wenn die Vollziehung des Arrestbefehls erst von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht wird. KG. 7. 7. 17, KGBl. 17, 85. Nach § 751 ZPO. darf der Beginn der ZwVollstr., wenn die Vollstr. von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, ohne vorherigen Nachweis der Sicherheitsleistung nicht erfolgen.

§ 929.

Offenbarungseid und Arrestbefehl. König 387 schließt sich der in Rechtspr. und Schrifttum jetzt überwiegend vertretenenen Ansicht an, daß der Arrestbefehl an sich ein geeigneter Schuldtitel für das Offenbarungseidsverfahren sei, legt aber die aus § 929 Abs. 2 folgende zeitliche Beschränkung im Bezug auf dieses Verfahren dahin aus, daß der Haftbefehl innerhalb der Frist zugestellt und auch schon vollstreckt sein müsse. Wollte man schon die Ladung innerhalb der Frist als ausreichend ansehen, so würde man gerade den Eintritt des Übelstandes fördern und ermöglichen, den der § 929 Abs. 2 ZPO. nach den Ausführungen des **RG.** 75, 179 verhindern will (daß nämlich die Arrestvollziehung noch nach längerer Zeit erfolgen könnte, wenn vielleicht wegen veränderter Umstände die Voraussetzungen für den Arrest nicht mehr gegeben seien.) — Die Leistung des Eides selbst kann auch gegenüber der Vollstreckung des Haftbefehls nicht mehr als eine selbständige Maßnahme in diesem Sinne angesehen werden, und zwar um so weniger, als es ganz vom Belieben des verhafteten Schuldners abhängt, wann er sich dem unmittelbaren Zwange der Haft beugt. (Vgl. JDR. 14, 1; 15, 2.) Es wird ferner ausgeführt, daß als Rechtsmittel dem Schuldner gegen den Haftbefehl im Offenbarungseidsverfahren die sofortige Beschwerde nach § 793 zusteht (nicht die Einwendung aus § 766), und endlich daß der Einwand der früheren Leistung des Offenbarungseides nicht schriftlich, sondern nur im Termin selbst geltend gemacht werden kann. Vgl. zu §§ 900, 1 und 936 1b ZPO.

§ 930.

Über Arrestpfändung im besetzten Gebiet (Lodz). Breslau 30. 4. 17, BreslauAK. 17, 42. (Art. 3 d. Gef über Vorrechte und Hypotheken v. 1./13. 6. 25.)

§ 935.

1. Einstw. Verfügung auf Herausgabe des dem Gewalthaber widerrechtlich vorenthaltenen Kindes. Dresden 17. 2. 17, SächsRpflA. 17, 308. Das Bedenken des LG., daß die einstw. Vfg. schon die Vollstreckung des streitigen Anspruchs enthalte und deshalb nicht ergehen dürfe, ist nicht stichhaltig. Es beweist zuviel, denn wäre es begründet, so könnte überhaupt niemals, auch nicht in den dringendsten Fällen einer drohenden Verschleppung ins Ausland und dergleichen die Herausgabe von Kindern an den Sorgeberechtigten nach §§ 935 ff. angeordnet werden. Einstw. Vfgn. dieser Art aber sind nicht zu entbehren und sind tatsächlich in Gebrauch.

2. Kein Schutzbedürfnis nach § 935 ZPO. für Hypothekengläubiger nach Anordnung der Zwangsverwaltung. Dresden 3. 2. 17, SächsRpflA. 17, 310. Wenn auch mit der Anordnung der ZwVerwaltung nach §§ 20, 146, 148 ZVG. die Beschlagnahme nur zugunsten des betreibenden Gläubigers eintritt, dem der Beigetretene gleichsteht, so kommt sie doch tatsächlich allen Hypothekengläubigern zugute.

§ 936.

1. Offenbarungseid zur Erzwingung einer einstweiligen Verfügung nach Ablauf der Monatsfrist. a) Stuttgart 13. 10. 16, R. 17 Nr. 93. Die in § 936 vorgeschriebene entspr. Anwendung der Bestimmungen über den Arrest fordert nicht, daß § 929 Abs. 2 auf alle einstw. Vfg. anzuwenden ist. Es kommt auf den Inhalt der Verfügung an. Im vorliegenden Falle, wo es sich um die Herausgabe einer bestimmten Geldsumme, also um einen einmaligen Vollstreckungsakt handelt, einen Unterschied zwischen Arrest und einstw. Vfg. zu machen, liegt kein Grund vor.

b) Für weitergehende Anwendung Hamburg 22. 2. 17, HansGZ. 17 Bbl. 144, OLG. 35, 136. Die Vorschrift des § 929 Abs. 2 findet auch auf einstw. Verfügungen Anwendung und zwar steht der Fristablauf auch der Ladung des Schuldners zum Offenbarungseid entgegen. Diesen Rechtsbehelf dem Gläubiger noch in einem Zeitpunkte zu gewähren, in welchem eine erneute Vornahme der Vollziehung wegen Fristablaufs unzulässig sein würde, erscheint nicht zulässig. Gegen die Verzögerung des Verfahrens durch den Schuldner (unbegründeten Widerspruch) und den dadurch bedingten Ablauf der Vollziehungsfrist kann sich der Gläubiger durch erneute Beantragung einer einstweiligen Verfügung gleichen Inhalts schützen. Vgl. Hamburg 24. 8. 15, JDR. 15 I 2; jetzt auch BuschsZ. 47, 171.

2. Beweislast bei Zuwiderhandlungen gegen richterl. Verbote. Darmstadt 4. 4. 17, HessRspr. 18, 87. Wenn dem Schuldner durch einstw. Verfügung jede Störung des Besitzes des Gläubigers verboten ist, so hat er sich nicht nur selbst jeder Störung des Besitzes zu enthalten, sondern er hat auch dafür zu sorgen, daß die ihm untergebenen, in seinem Haushalt tätigen Personen keine besitzstörenden Handlungen vornehmen. Will er behaupten, daß von seinen Dienstuntergebenen derartige Handlungen vorgenommen worden seien, ohne daß ihn dafür ein Verschulden treffe, so liegt es ihm ob, den Beweis dafür zu erbringen.

§ 938.

Für Zulässigkeit der Sequestration von Grundstücken bei bestehender Zwangsverwaltung (in einem besonders gearteten Falle). Fränkel, DJZ. 17, 895.

§ 940.

1. Keine einstweilige Verfügung zur Regelung des persönlichen Verkehrs getrennt lebender Eheleute mit dem Kinde. Stuttgart 10. 11. 16, WürttZ. 59, 130 bejaht die ausschließliche Zuständigkeit des VormG. im Anschluß an **RG.** 63, 238; 69, 95. Das BGB. geht allgemein davon aus, daß für derartige Streitigkeiten das Beschlußverfahren vor dem Vormundschaftsrichter geeigneter ist, als das Prozeßverfahren, insbesondere weil jenes Beschlußverfahren vermöge des Offizialprinzips volle Gewähr

dafür bietet, daß die bei der Regelung des Verkehrs der Eltern mit den Kindern obenanstehende Rücksicht auf das Wohl der Kinder mit zur Geltung kommt. Vgl. auch Ziff. II zu § 1636 BGB. und § 13 B 6 GVG.

2. a) Einstweilige Verfügung auf Sammelheizung in Mietswohnungen. KG. 22. 5. 17, OLG. 35, 186. Die Mieter können bei eingetretener Kälte nicht erst den Ausgang eines ordentl. Rechtsstreits abwarten, deshalb ist eine einstw. Vfg. erforderlich, um den Vermieter zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten. Im übrigen vgl. oben II 1 b zu § 535 BGB.

b) Strafandrohung in einstweiligen Verfügungen in Heizungsstreitigkeiten. Eger 250 wendet sich gegen die Strafandrohung von Geldstrafen bei Heizungsstreitigkeiten. Die einstweilige Verfügung kann an sich eine solche Androhung enthalten, sie ist aber nicht geeignet, die Vollstreckung zu verwirklichen. Zur Zeit der Straffestsetzung muß die Handlung ausschließlich in den Willen des Schuldners gestellt sein. Der Vollstreckungszwang des § 888 kann aber in Wahrheit schon deshalb keine Anwendung finden, weil hier gar keine Handlung in Frage steht, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann. Selbstverständlich kann vielmehr das Beschaffen des Kohlenvorrats, wenn es überhaupt möglich ist, sowie die sachgemäße Bedienung der Anlage, wenn es daran liegen sollte, von jedem besorgt werden. (Empfohlen wird der einfache, nach § 887 ZPO. zu vollstreckende Leistungsbefehl.) Anders LG. Posen 26. 5. 17, PosMSchr. 17, 97, unter Hinweis auf OLG 15, 16. Die Verpflichtung wird, wenn die Zentralheizungsanlage sich im Besitze des Schuldners befindet, als eine Handlung angesehen, die von Dritten nicht vorgenommen werden kann. Vgl. JDR. 14, 4 zu § 888 ZPO. und JDR. 12, 1c zu § 887.

c) Wirkungsdauer der einstweiligen Verfügung. KG. 15. 6. 17, OLG. 35, 144. Straffsetzung auf Grund einer einstw. Vfg. v. 26. 11. 15 abgelehnt, weil die im Laufe der ersten Heizperiode Winter 1915/1916 erlassene Vfg. mit Ablauf dieser Heizperiode gegenstandslos geworden sei und für die zweite Heizperiode (Winter 1916/1917) keine Geltung habe. Ebenso LG. Posen 26. 5. 17 (vgl. zu b), PosMSchr. 17, 97.

3. Einstw. Verfügung auf Gewährung von Unterhalt gegen den vollstreckbar verurteilten Verpflichteten, der zur Abwendung der ZwVollstr. Sicherheit geleistet hat. Dresden 29. 2. 16, OLG. 35, 112, SächsOLG. 37, 383. (Es wird zunächst ausgeführt, daß der Antragstellerin durch die Hinterlegung die Vollstreckung des Urteils unmöglich gemacht worden sei und sie trotz des ihr günstigen Urteils nicht nur nichts in die Hände bekommen, sondern bei den ungünstigen Vemögensverhältnissen des Antragsgegners hinsichtlich der künftig auflaufenden, durch die hinterlegte Summe nicht gedeckten Unterhaltsbeträge das Nachsehen haben werde. Bei dieser Sachlage sei es zulässig und geboten, die unbilligen Folgen des Urteils auf dem in § 940 ZPO. dargebotenen Wege wieder zu beseitigen.) Gerade für die gesetzl. Unterhaltsansprüche greift bei einer etwaigen Beschränkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit durch Sicherheitsleistung nach § 713 Abs. 2 ZPO. die vorläufige Regelung durch den Erlaß einer einstw. Vfg. nach § 940 ZPO. ein.

§ 941.

Vollziehung eines durch einstw. Verfügung angeordneten Veräußerungsverbots hinsichtlich eines Grundstücks. Du Chesne 205 bekämpft KG. 14. 10. 15, JDR. 15, 1, wonach die Vollziehungsfrist gewahrt ist, wenn die einstw. Vfg. innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. dem Antragsgegner zugestellt ist, die Eintragung des Verfügungsverbots in das Grundbuch auch nach Ablauf der Vollziehungsfrist erfolgen kann, da es sich dabei in erster Linie um Grundbuchberichtigung ohne Vollziehungswirkung handelt. Ist die einstw. Vfg. auf eine Eintragung in das Grundbuch gerichtet, so dient die Eintragung ihrer Vollziehung. Die Eintragung ist ebensowohl wie die Zustellung des Veräußerungsverbots begrifflich Vollziehung. (Es wird näher dargelegt, daß ein Fall der Grundbuchberichtigung nicht vorliegt.)

Dagegen Kretzschmar 349. Die Ausstellungen du Chesnes beruhen auf der Verkennung des Unterschieds, der zwischen einem Eintragungsersuchen (§ 39 GBO.) und der gerichtl. Anordnung einer Grundbucheintragung besteht. Eine solche Anordnung enthält wohl die einstw. Verfügung, die auf die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gerichtet ist, nicht aber die einstweilige Verfügung, mit der ein Veräußerungsverbot erlassen wird; ob das Verfügungsgericht vor der ihm nach § 941 zustehenden Befugnis Gebrauch macht oder nicht, ist dabei ohne jede Bedeutung.

§ 945.

1. Geltendmachung des Anspruchs nur im ordentl. Prozeß. Dresden 21. 12. 16, SächsOLG. 38, 214. Die ZPO. hat in § 945 einen Schädenanspruch unabhängig vom Verschulden des Gegners materiell anerkannt, aber anders als in den Fällen der §§ 302, 717 ZPO. Die Verfolgung der Ansprüche im anhängigen Arrestprozeß ist nicht zugelassen, weil das Arrestverfahren ein vorläufiges und summarisches Verfahren ist und sich zur Festsetzung von Schadensersatzansprüchen nicht eignet (**RG.** 50, 406; 51, 41; 54, 347; 58, 239). Vgl. JDR. 15.

2. a) Haftung für Kursverlust bei Veräußerung der auf die einstw. Verf. hinterlegten Wertpapiere. **RG.** 16. 10. 16, LeipzZ. 17, 59, R. 17 Nr. 1867. Für die Schadensklage aus § 945 ZPO. kommt es nur darauf an, ob die einstw. Vfg. von Anfang an ungerechtfertigt war: ein Verschulden des Bekl. ist nicht erforderlich. — Die Rev. meint, daraus, daß die Bekl. mit der Hinterlegung der Wertpapiere einverstanden gewesen sei, folge nicht, daß sie auch die Gefahr eines Kursverlustes bei dem späteren Verkauf übernommen habe. Die Rüge trifft nicht zu. Denn nach § 945 muß sie für diesen Schaden, der auf die Erwirkung der ungerechtfertigten einstw. Verf. ursächlich zurückzuführen ist, von Rechts wegen einstehen, so daß es nicht darauf ankommt, ob die Bekl. die Gefahr jenes Kursverlustes übernehmen wollte oder nicht.

b) Der Standpunkt zur Schuldfrage festgehalten auch **RG.** 11. 10. 17 R. 17 Nr. 2072. Wenn die einstw. Vfg. der Kl. zugestellt worden ist, ohne daß die Bekl. ihren Willen erkennbar gemacht hat, der Kl. den (in ihr untersagten) Betrieb nur in beschränktem Maße zu verbieten, so kann der Umfang des Verbots nicht nach der subjektiven Auffassung der Bekl., sondern nur danach beurteilt werden, wie sich der Inhalt der einstw. Vfg. vom objektiven Standpunkt aus darstellt. Vgl. aber auch **RG.** 19. 10. 16, R. 17 Nr. 1701.

3. Keine Schadensersatzpflicht bei Übereinstimmung mit dem materiellen Recht. **RG.** 11. 10. 17, R. 17 Nr. 2071. Im Falle 2b war der Kl. im Wege der einstw. Vfg. verboten worden, den Vertrieb gewisser Haken überhaupt zu unterlassen, obwohl die Bekl. nur einen Anspruch auf Unterlassung des Betriebs unter der Bezeichnung N.-Haken geltend gemacht hatte. Schadensersatzpflicht wurde für den Fall verneint, daß der Bekl. in Wahrheit das Recht zugestanden, der Kl. den Vertrieb ganz zu untersagen. Denn in diesem Falle ist der Kl. durch die einstw. Vfg. nur aufgegeben, sich eines rechtswidrigen und sie ihrerseits zum Schadensersatz verpflichtenden Eingriffs in die Rechte des Bekl. zu enthalten (**RG.** 65, 67).

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 962.

Kann der Gläubiger eines Kriegsverschollenen dessen Todeserklärung beantragen? Starck, DJZ 17, 745 bejaht die Frage. Der § 962 verbindet mit dem Begriff des rechtl. Interesses das besondere Erfordernis, daß dem Antragsteller durch die Todeserklärung ein durch den Tod des Verschollenen bedingter Anspruch oder ein Recht gegen einen Dritten erwächst. Dies Erfordernis liegt bei dem Gläubiger eines Verschollenen vor, sofern die Leistungspflicht nicht persönl. Natur ist. (Wird näher ausgeführt.)

Überdies genügt das wirtschaftl. Interesse jemandes, zu wissen, woran er in Ansehung eines gewissen Rechtsverhältnisses ist, um sein Verhalten danach einrichten zu können. (Vgl. **RG.** 35, 392 für § 256 ZPO.) Ein solches begründet auch die dem Gläubiger drohende Verjährung seines Anspruchs. (Vgl. **RG.** 23, 348.)

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

Schrifttum: Eckstein, Kohlensteuer, Schiedsklauseln und Schiedsgericht, Holdheims MSchr. 17, 128. — Kisch, Die rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungssachen, RheinZ. 9, 12. — Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, BuschsZ. 47, 105.

§ 1025.

I. Allgemeines. 1. Rechtliche Natur des Schiedsvertrages. Gegen wen richtet sich der Anspruch auf Vergütung? a) Frankfurt a. M. 29. 1. 17, FrankfRdsch. 50, 262, LeipzZ. 17, 939, OLG. 35, 157. Das Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern eines SchG. und den SchGParteien ist ein Vertragsverhältnis besonderer Art, das sich von ähnlichen auf die Besorgung fremder Geschäfte gerichteten Verträgen wie Auftrag, Dienst oder Werkvertrag trotz Ähnlichkeiten wesentlich unterscheidet. Seine Eigenart besteht (**RG.** 41, 255) darin, daß die Parteien entsprechend dem SchVertrage einem Dritten die Funktion eines Richters über die zwischen ihnen streitige Angelegenheit übertragen, den Schiedsrichter in die Stellung des vom Staate bestellten Richters über sich erheben und die von den Parteien gewählte Person diese Stellung übernimmt (**RG.** 59, 247; 74, 323). — Die Bestimmung des SchVertrages, daß jede Partei selbständig einen Schiedsrichter zu ernennen habe, bedeutet rechtlich nichts anderes, als daß jede Partei im voraus zu der Ernennung des SchRichters durch die andere Partei ihre Zustimmung erklärt. Daher muß jede Ernennung als durch beide Parteien erfolgt gelten. Ist sonach der Schiedsrichtervertrag als ein Vertrag zwischen sämtlichen Schiedsrichtern und beiden Parteien aufzufassen, so folgt daraus, daß die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage gleichmäßig beiden Vertragsteilen gemeinsam zustehen und obliegen. Das gilt auch von dem Anspruch auf Vergütung.

b) LG. Breslau 5. 3. 17, BreslauAK. 17, 29, JW. 17, 982. Der Vertrag, den die Parteien mit den SchRichtern eingehen, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Auftrages oder des Dienstvertrages zu beurteilen. Ob die SchRichter gemäß § 1045 ZPO. von einem staatl. Gericht oder von den Parteien selbst ernannt werden, und ob in diesem Falle jede Partei ihren SchRichter ernennt, ist für die Beurteilung der Frage, wer der Vertragsgegner der SchRichter hinsichtlich der Gebührenforderung ist, ohne Belang. Spätestens mit der Errichtung des SchiedsG. haben die Parteien ihr Einverständnis mit der Tätigkeit der Schiedsrichter, die diese für beide ausüben, erklärt. Sie sind daher verpflichtet, als Gesamtschuldner die Kosten des SchG., also auch die Gebühren der SchRichter, zu tragen.

2. Schiedsspruch oder Schiedsgutachten? a) Braunschweig 4. 4. 16, OLG. 35, 154. Nach § 7 der besonderen Vertragsbestimmungen soll „bei etwaigen technischen Streitigkeiten" zwischen den Parteien ein unparteiischer Sachverständiger entscheiden. Daß damit ein SchGutachtensvertrag abgeschlossen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Aber dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß daneben in demselben Vertrag ein wirklicher SchVertrag verabredet ist. (Im gegebenen Falle bejaht. Der Wortlaut des in Frage kommenden § 29 der allgemeinen Bedingungen ging dahin, daß der Unternehmer berechtigt sei, auf schiedsrichterl. Entsch. anzutragen. Wäre der Sinn dieser Vorschrift, daß nicht auch dem anderen Teile die Befugnis zustehen sollte, so wäre sie ungültig. Es wurde festgestellt, man habe es für überflüssig gehalten, im Vertrage besonders auszudrücken, daß gegebenenfalls auch der Bauherr zur Anrufung des SchG. berechtigt sein sollte.)

b) **RG.** 8. 5. 17, LeipzZ. 17, 1141, R. 17 Nr. 1704, 1706. Ein Vertrag, der dem Dritten, dessen Urteil die Parteien sich unterwerfen wollen, nicht die erschöpfende Entscheidung

des ganzen Rechtsstreits oder eines bestimmten Teils davon überträgt, sondern nur die Feststellung einzelner oder auch aller tatsächlicher Unterlagen der Entsch., ist kein gültiger SchVertrag. Das gilt selbst dann, wenn durch die Entscheidung des Dritten sämtliche einzelnen Streitpunkte bindend derart zu entscheiden sind, daß für den ordentlichen Richter bei der Zugrundelegung der auch ihn bindenden Feststellungen nur die Ziehung des Ergebnisses durch urteilsmäßige Findung der Endsumme übrig bleibt. Erst diese richterliche Tätigkeit bringt den Rechtsstreit zur Entscheidung. Ebenso **RG.** 28. 10. 16, R. 17 Nr. 1869.

c) Breslau 27. 4. 17, OLG. 35, 150. § 4 eines Testaments lautete: „Sollten über meine Bestimmungen unter meinen Erben Streit oder Zweifel über die Auslegung einzelner Bestimmungen entstehen, so ermächtige ich hierdurch die Vollstrecker und im Falle die beiden Bestellten nicht dieselbe Ansicht haben, durch Kooptierung eines Dritten darüber mit bindender Kraft zu entscheiden." Es wurde Schiedsrichterbestellung angenommen. Die Entscheidung jeglichen Streits über die Testamentsbestimmungen geht tatsächlich über die Aufgaben eines SchGutachters hinaus. Nach der allg. Fassung des § 4 fiel bei etwaigem Streit unter den Erben besonders auch die Entscheidung von Rechtsfragen in die Tätigkeit der Vollstrecker. (Das SchVerfahren wurde jedoch im gegebenen Falle u. a. für unzulässig erachtet, weil es sich um einen Streit der Erben mit dem von der Frau des Erblassers eingesetzten Vollstrecker handelte, die Tätigkeit der berufenen SchRichter über den durch den Willen des Erblassers gesetzten Parteienkreis hinausging.)

d) Hamburger Handelskammerarbitrage. Hamburg 2. 3. 17, OLG. 35, 149. Ist Hamburger Handelskammerarbitrage vereinbart, so sind nach § 20 letzter Absatz der Platzusancen für den hamburgischen Warenhandel (Fassung v. 12. 4. 11) Streitigkeiten jeglicher Art durch das SchG. der Handelskammer in dem durch das gleichzeitige Regulativ angeordneten Verfahren zu entscheiden. Vgl. JDR. 15 II 4b.

e) Schlußscheinbedingung: „Deutsch-Niederl. Vertrag Nr. 2, Königsberger Arbitrage" als Schiedsvertrag. Kiel 27. 10. 17, SchlHolstAnz. 17, 262.

3. Umfang des Schiedsvertrages. Deutsches SeeschiedsG. 6. 5. 16, LeipzZ. 16, 1566. Aus der Unterwerfung unter ein deutsches SchG. ist zwar der Schluß zu ziehen, daß auf das Verfahren deutsches Recht Anwendung finden soll, dagegen liegt in ihr nicht ohne weiteres die Vereinbarung, daß der Rechtsstreit materiell nach deutsch. Recht zu entscheiden ist. Vgl. ferner zu § 1026 und JDR. 15 II, BayObLG. 28. 4. 16 jetzt auch BayObLG. 17, 86.

4. Verhältnis vertragl. Schiedsgerichtsklausel zu der Einführung staatl. Zwangsschiedsgerichte (z. B. im Falle des § 37 des Kohlensteuergesetzes). Eckstein 128. Auch das ZwangsSchG. i. S. der Kriegsgesetze und Verordnungen ist ein Schiedsgericht und nicht etwa ein in schiedsgerichtsähnl. Form arbeitendes Staatsgericht. Die rechtliche Bedeutung einer ZwangsSchGerichtsbarkeit ist die, daß jede Partei von der anderen verlangen kann, daß sie sich auf ein SchVerfahren vor dem Schiedsgericht einläßt. Man kann aber nicht annehmen, daß durch das Gesetz eine ausschließl. Zuständigkeit begründet werden soll. Es bleibt vielmehr den Parteien unbenommen, die Zuständigkeit des ZwangsSchG. vertraglich auszuschließen. — Bei der SchGKlausel wird (anders wie bei der Vereinbarung über die bloße Zuständigkeit) jede nur denkbare Gerichtsbarkeit — gleichviel ob Staatsgericht oder ein anderes Gericht — ausgeschlossen und durch das vereinbarte SchG. ersetzt.

5. Ungültige Schiedsverträge. (Vgl. auch zu § 1041 Nr. 1.) A. Nichtigkeit des Schiedsvertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten. a) Breslau 5. 6. 17, BreslauAK. 17, 45. (Nach dem Vertrage hatte jede Partei einen am Wohnsitze des Kl. wohnenden SchRichter zu ernennen, war der Kl. berechtigt, falls die beiden SchRichter zu keinem Urteil gelangen könnten, einen Obmann zu bestellen, durften nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Kl. Anwälte als SchRichter oder Parteivertreter tätig sein.) Als höchst bedenklich muß, schon für sich allein betrachtet, die Bestimmung des SchVertrages angesehen werden, daß die Kl. das Recht haben, den Obmann zu ernennen.

Das Ges. (§ 1028 ZPO.) geht jedenfalls davon aus, daß beide Parteien den gleichen Einfluß auf die Zusammensetzung des SchG. haben sollen. — Bedingt sich eine Partei gerade für den Fall, daß die beiden SchRichter zu keinem Spruch gelangen können, das Recht aus, den Obmann auszuwählen, so erlangt sie dadurch das Übergewicht über die Gegenpartei in einem so hohen Maße, daß es recht zweifelhaft ist, ob nicht Sittenwidrigkeit einer solchen SchKlausel anzunehmen ist. (Die Frage wurde grundsätzlich nicht entschieden, aber weiterhin tatsächlich festgestellt, daß der vom Kl. gewählte SchRichter vermöge seiner dauernden Beziehungen zum Kl. nicht mehr als unabhängiger SchRichter angesehen werden könne, und schließlich erwogen:) Faßt man alles dies zusammen, was bezüglich der Obmannsklausel gesagt worden ist, berücksichtigt man in diesem Zusammenhange weiter, daß die Bekl. keinen Anwalt zum SchRichter wählen durfte, daß sie sich durch einen solchen auch nicht vertreten lassen durfte, daß sie nur einen am Wohnsitze des Kl. wohnenden SchRichter ernennen konnte, und läßt man endlich auch nicht außer acht, daß die SchG-Klausel durch die klein gedruckten Bedingungen auf der Rückseite der Bestätigungspostkarte vereinbart worden sein soll, so war es nach der Überzeugung des Sen. der Zweck der ganzen SchGKlausel, daß das SchG. so zusammengesetzt werden sollte, daß nach Möglichkeit ein Obsiegen der Kl. gewährleistet war. Ein solcher Vertrag verstößt aber seinem Inhalte nach gegen das herrschende Volksbewußtsein und das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.

b) Anders lag der Fall Breslau 7. 11. 16, OLG. 35, 145, wo bestimmt war: „Bei Streitigkeiten müssen sich die Parteien einem Breslauer SchG. unterwerfen, zu dem jeder Teil einen SchRichter zu ernennen hat. — Ist die Gegenpartei mit der Bestellung des SchR. säumig, so bleibt dem bereits bestellten SchR. überlassen, sich den zweiten SchR. selbst zu wählen. Nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verkäufers (Beklagten) dürfen Anwälte als SchRichter oder Parteivertreter tätig sein." Die Sittenwidrigkeit wurde verneint. Es bestand nicht einmal ein (an sich zulässiger) größerer Einfluß der Bekl. auf die Bildung des SchG. Die Bestimmung wegen der Auswahl eines Anwalts entsprang offenbar der Absicht, Berufsjuristen von dem SchRichteramte nach Möglichkeit fernzuhalten, und darin liegt ein Vorzug des SchG. gerade in den Fällen, wo es auf rein kaufm. Fragen ankommt. — Der von einer Partei benannte SchRichter darf nicht der Partei selbst gleichgesetzt werden.

B. Ungültigkeit der Schiedsgerichtsabrede bejaht a) infolge Ausbruchs des Krieges mit Italien. **RG.** 6. 3. 17, LeipzZ. 17, 749. Der VII. Sen. hat bereits JW. 15, 995 die (zum Wegfall der Abrede gelangende) Auslegung der Vereinbarung zweier Deutschen nach §§ 133, 157 BGB. hinsichtlich eines engl. SchG. für rechtlich bedenkenfrei erachtet. In der früher entschiedenen Sache war die SchGKlausel vor dem Ausbruche des Weltkrieges vereinbart, während hier der Vertrag erst nach Ausbruch dieses Krieges am 3. 11. 14 geschlossen ist. Diese tatsächl. Verschiedenheit ist vom OLG. (Düsseldorf) nicht verkannt. Es ist aber zu dem Ergebnisse gelangt, daß man damals in Deutschland mit einem Kriegszustand mit Italien nicht gerechnet habe, und daß die Parteien an die Neutralität Italiens geglaubt hätten. Vom Standpunkte eines verständigen Kaufmanns würde sich mindestens die Kl., was der Bekl. erkennbar, der Entsch. eines im Feindesland zusammentretenden SchG. nicht unterworfen haben.

b) Verneint wegen der Londoner Schiedsgerichtsklausel. **RG.** 21. 11. 16, GruchotsBeitr. 61, 287, HansGZ. 17 Hbl. 79, JW. 17, 214, LeipzZ. 17, 330, R. 17, 84 und Nr. 160. Wurde in einem überseeischen Handelszweig, der noch dazu Angehörige verschiedener Nationen umfaßt, die Maßgeblichkeit von engl. Recht, englischen Gerichten oder SchG. — bestimmt, so läßt sich darin etwas Sittenwidriges nicht erblicken. Auch der Kriegsausbruch führt eine Unsittlichkeit nicht nachträglich herbei, vielmehr kommt ihm nur die Bedeutung zu, daß die SchGKlausel durch die Behinderung des Verkehrs unausführbar wird. J. S. des § 1033 ist das SchG. weggefallen und der SchVertrag außer Kraft

getreten. Die Entscheidung hätte allerdings wie JW. 15, 995 auch auf Vertragsauslegung (§ 157 BGB.) gestützt werden können.

II. Bestellung des Schiedsrichters. 1. Bestellung der Organe eines Vereins zu Schiedsrichtern. **RG.** 26. 10. 16, R. 17 Nr. 94. Der Vorstand und der Aufsichtsrat sind Organe des Vereins und können daher, wenn es sich um Ansprüche gegen den Verein handelt, nicht zu Schiedsrichtern bestellt werden. Dies gilt nicht nur für rechtsfähige Vereine, sondern auch für Vereine ohne Rechtsfähigkeit. (Anders bezüglich der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins **RG.** 51, 392.)

2. Bestellung der Schiedsrichter durch ein Gericht. Hamburg 19. 9. 16, OLG. 35, 159, SeuffA. 72, 35. Die Vereinbarung, daß ein Gericht das SchG. bestellen solle, ist unwirksam, da eine Behörde nur im Rahmen gesetzlicher Vorschriften auf Anträge einer Partei tätig werden kann. Die Parteien können unmöglich vereinbaren, daß gewisse Tatbestände (§ 1031) denjenigen gleichgestellt werden sollen, für die das Ges., eine Zuständigkeit des Gerichts besonders geschaffen hat. Damit wäre die Möglichkeit gegeben, einer Behörde durch Privatvereinbarung neue Zuständigkeiten zuzuweisen. Ein solches Ergebnis ist mit unserer Rechtsordnnng nicht vereinbar.

3. Hamburg 6. 1. 16. (Bestellung einer off. HG.) JDR. 15 III 1 jetzt auch SeuffA. 72, 34. **RG.** 28. 3. 16, JDR. 15 III 2 (Wahl zwischen SchG. und ordentl. Gericht) jetzt auch SeuffA. 72, 347.

III. Stellung des Schiedsrichters. Im allgemeinen. Inwieweit ist der Schiedsrichter an die Sätze des geltenden Rechts gebunden? Eingehende und erschöpfende Erörterung der in Betracht kommenden Fragen bei Oertmann 105 bis 149. Die Frage nach der Gebundenheit des SchRichters an die staatliche Rechtsordnung bezieht sich, abgesehen von den Vorschriften der §§ 1034 Abs. 1, 1035, 1039, 1041 Nr. 1, 2, 6 u. a., nicht auf das Verfahren, sondern nur auf die Sätze des materiellen Rechts; diese Ungebundenheit dagegen ist an sich keine Frage der Prozeßordnung. a) Daß der SchRichter dem geltenden Rechte unterworfen sei, wird durch § 336 StGB. in einer zweifelsfreien Weise anerkannt. (Vgl. § 1041 Nr. 6.) b) § 1040 ZPO. ergibt, daß der SchSpruch ebenso wie das staatl. Urteil keine neuen Rechtsverhältnisse schaffen, sondern nur authentisch über das Vorhandensein der alten entscheiden soll. c) Auch der Zweck des SchVerfahrens führt nicht zu einer materiellen Beurteilungsfreiheit der SchRichter. Das BGB. ist in §§ 157, 242 BGB. in der Berücksichtigung der Billigkeit, d. h. der besonderen Umstände des Einzelfalls soweit wie nur irgend möglich gegangen. Auch aus der besonderen Einräumung durch die Parteien läßt sich die Ungebundenheit der SchRichter nicht herleiten. Sollte der erweisliche Wille soweit gegangen sein, so müßte man ihm die Rechtswirksamkeit abstreiten. Es wäre unzulässige Umgehung einer zwingenden Vorschrift, wenn die Beteiligten ihren Streit einem von ihrer Beobachtung entbundenen SchRichter unterbreiten wollten (129). — Bejaht wird die Möglichkeit, daß der SchRichter berechtigt ist, durch sein Urteil in die subjektiven Rechtsverhältnisse der Parteien einzugreifen. Ein solcher Eingriff steht ihm, wenn überhaupt, nicht aus eigener Kraft, sondern nur auf Grund einer Einräumung durch die Parteien zu. Soweit der SchRichter zur materiellen Änderung des bestehenden Rechtszustandes berufen wird, ist er nicht mehr bloßer arbiter, sondern arbitrator. Materiellrechtl. fordert die Mitübertragung einer schiedsgutachtl. Zuständigkeit, daß die zugewiesenen Rechtsverhältnisse der Parteiverfügung unterstehen. (Erörterung der Wirksamkeit des SchV. über Ansprüche aus Spiel-, Differenz- und verbotenen Termingeschäften 136—143). Formell ist zu verlangen: Der Vertrag muß, um als SchVertrag mit prozeßrechtl. Wirkung gewertet zu werden, seinem wesentlichen Inhalte nach sich als echter SchV. ergeben; die schiedsgutachtl. Befugnisse dürfen den SchRichtern nur nebenbei mitübertragen sein (143). — Zum Schluß wird untersucht, welche Folgen eintreten, wenn der SchRichter tatsächlich über die Grenzen der staatl. Rechtsordnung hinausgeht oder doch eine ihm nicht zustehende materielle Rechtsgestaltung vollzieht, u. a. gezeigt, daß, wenn der SchRichter die Grenzen seiner Befugnisse gutgläubig oder doch nur fahr-

lässig innegehalten, die Aufhebungsklage nach § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. gegeben ist. Er hat sich in diesem Falle eine grundsätzl. Rechtstellung angemaßt, die ihm als Sch-Richter nicht zukommt, sich also nicht innerhalb der dem schiedsrichterl. Verfahren als solchem gezogenen Grenzen gehalten (147).

§ 1026.

1. Schiedsvertrag über „alle Streitigkeiten" aus gewissen Geschäften. Tragweite der Abrede. 1. Rostock 24. 11. 16, MecklZ. 35, 295, OLG. 35, 148. Der Wortlaut des § 14, welcher besagt, daß bei Abschlüssen nach den Normen des Vereins deutscher Kartoffeltrockner sämtliche Streitigkeiten durch das SchG. des Vereins entschieden werden sollen, könnte zwar zu der Annahme verleiten, daß alle und jede Rechtsstreitigkeiten, die aus Anlaß eines zwischen den Parteien nach diesen Normen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts entstehen, mögen sie auch nur äußerlich mit demselben zusammenhängen, zur Zuständigkeit des SchG. gehören. Dem steht jedoch entgegen, daß die Bestimmung nur bezweckt, die eigentümliche Regelung der vertraglichen Verpflichtungen, welche in den Normen ausgebildet ist, durch Zuweisung aller Streitigkeiten an das VereinsSchG. zu sichern. Vor allem spricht aber gegen eine so weitgehende Auslegung, daß eine derartige Bestimmung ungültig sein würde, weil sie dem § 1026 ZPO. widerspräche. Der § 14 ist daher in Übereinstimmung mit § 1026 dahin auszulegen, daß alle aus einem bestimmten, den Normen des Vereins unterstehenden Rechtsverhältnis selbst entspringenden Streitigkeiten, also nur die Streitigkeiten über Verpflichtungen aus dem abgeschlossenen Vertrage, von ihm erfaßt werden.

2. Breslau 22. 12. 16, OLG. 35, 147. Die Parteien waren bei Abschluß der streitigen Geschäfte Mitglieder der Vereinigung schlesischer und Posener Kartoffelinteressenten, deren Satzung § 11 jedes Mitglied verpflichtet, sich dem SchG. der Vereinigung und dem Oberschiedsgericht des Verbandes zu unterwerfen. Aus dieser Bestimmung allein kann die Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens nicht hergeleitet werden. Denn ein Sch-Vertrag kann nur für ein bestimmtes Rechtsverhältnis begründet werden. — Das schließt aber nicht aus, daß sich die Parteien, besonders, wenn sie an die Gültigkeit des § 11 glaubten, tatsächlich für das einzelne Geschäft der Klausel unterworfen haben können. (Wurde nach den besonderen Umständen des Falls bejaht.)

3. Vgl. über die Auslegung der Schiedsgerichtsanordnung in den Verträgen der Konventions-Ges. mbH. „Alle Streitigkeiten aus diesem Vertrage gelangen vor einem zu wählenden Schiedsgericht zur Entscheidung." BauersZ. 24, 87.

4. **RG.** 1. 5. 17, WarnE. 17, 269. Keine Ausdehnung der SchGKlausel in einem Rennreglement auf die darin überhaupt nicht erwähnten Totalisatorwettverträge.

§ 1032.

1. Frühere Entscheidungen gegen die Partei kein Ablehnungsgrund. Hamburg 30. 10. 15, BuschsZ. 47, 172. Der Richter darf nur dann die Ablehnung als berechtigt anerkennen, wenn Tatsachen vorliegen, die in den Augen eines vernünftig denkenden Menschen geeignet sind, Mißtrauen bezüglich der Unparteilichkeit des Schiedsrichters zu erregen, die also objektiv dieses Mißtrauen rechtfertigen. Dazu genügt nach allgemein anerkannter Rechtspr. nicht die Tatsache, daß ein Richter in früheren Prozessen bereits einmal gegen die ablehnende Partei entschieden hat.

2. Ablehnung eines zum Schiedsrichter ernannten Anwalts. a) Heilberg, JW. 17, 871. Die Regel ist und soll sein, daß der SchRichter zu der einen Partei nicht in näheren Beziehungen steht als zur anderen; am besten, daß er zu keiner in besonderen Beziehungen steht, daß die etwa bestehenden Beziehungen beiden Teilen genau mitgeteilt werden, daß der SchRichter von keiner Partei allein ohne Zuziehung der anderen Partei Erklärungen oder Informationen entgegennimmt, und daß der Anwalt seine Tätigkeit als SchRichter mitleidlos versagt, wenn er in eine Lage gerät oder gebracht wird, die ihn auch nur entfernt dem Verdachte der Parteilichkeit aussetzen könnte.

b) Naumburg 11. 6. 17, JW. 17, 870, NaumburgAK. 17, 44. Mit dem LG. ist davon auszugehen, daß ein RA. dadurch, daß er mehrfach von einer Partei als Rechtsbeistand zugezogen wird, noch nicht in ein solches Vertrauensverhältnis zu der Partei tritt, daß dadurch die Annahme begründet erscheint, er wäre allgemein zugunsten der Partei voreingenommen und auch in einer solchen Sache zum Amte eines SchRichters ungeeignet, in welcher er für die Partei nicht in irgendeiner Weise tätig gewesen ist. — Ebensowenig ist der Umstand, daß der RA. in seiner Eigenschaft als Notar, also als öffentl. Beamter, ständig von der Bekl. in Anspruch genommen ist, objektiv geeignet, Mißtrauen an der Unparteilichkeit des SchRichters zu erregen.

3. Wie ist zu verfahren, wenn ein Mitglied des Höchstpreisschiedsgerichtes wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt wird? König, SächsRpflA. 17, 131. Das Höchstpreisschiedsgericht ist kein SchG. i. S. des 10. Buches der ZPO. Damit entfällt auch die Möglichkeit, die Vorschriften in §§ 1032, 1045 über die Ablehnung der SchRichter entspr. anzuwenden und die Entsch. darüber dem ordentl. Gerichte zuzuweisen.

4. Ungebührliche Verzögerung der Pflichten eines Schiedsrichters. Hamburg 27. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 63. Das HansOLG. hat früher (OLG. 17, 209) einmal ausgesprochen, bei den Worten des Abs. 2 des § 1032 ZPO. komme es nicht auf ein Verschulden des SchRichters, sondern darauf an, ob den Parteien das weitere Abwarten zuzumuten ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit dieser Wendung dem in dem Gesetzesausdruck: „ungebührlich" enthaltenen subjektiven Momente (welches auf eine Nachlässigkeit des SchRichters hinzudeuten scheint) genügend Rechnung getragen wird. Man wird stets im Auge zu behalten haben, daß der von einer Partei erwählte SchRichter ihr Vertrauen in besonderem Maße genießt und daß daher selbst eine erhebliche Verzögerung der Erledigung seiner Arbeit, auch wenn sie auf in der Person des SchRichters liegende Momente zurückzuführen wäre, für sich allein der Gegenpartei noch nicht das Recht geben kann, deshalb den SchRichter abzulehnen. Denn Verzögerungen in der Rechtspr. sind auch bei den ordentl. Gerichten nichts Seltenes. Es wird daher immer darauf ankommen, ob die Verzögerung bei Anlegung eines objektiv verständigen Maßstabes geradezu als „ungebührliche" bezeichnet werden muß, das heißt als eine ungehörige Außerachtlassung der gebotenen Rücksicht auf beide Parteien. (Im gegebenen Falle verneint, weil der SchRichter, ein angesehener Fachmann, während der Kriegszeit beruflich in ganz außerordentl. Maße in Anspruch genommen war.)

§ 1033.

Wegfall eines zum Heeresdienst einberufenen Schiedsrichters. RG. 28. 11. 16, OLG. 35, 160. Als weggefallen i. S. des § 1033 Nr. 1 ist ein SchRichter nicht nur dann anzusehen, wenn feststeht, daß er dauernd nicht in der Lage ist, einen SchSpruch abzugeben, sondern schon dann, wenn ihm die Ausübung des SchRichteramts aus irgendeiner Ursache für eine nicht absehbare Zeit unmöglich geworden ist. (Bejaht für einen SchRichter, der zum Heeresdienst einberufen sich in Belgien befand. Vgl. JDR. 15 zu § 1031.)

§ 1034.

1. Verurteilung auf einen von einem Sachverständigen erst auszumittelnden Betrag. Colmar 20. 10. 15, ElsLothJ. 16, 356. Die Schiedsrichter haben auf dasjenige hin, was der Sachverständige erst ermitteln und ausrechnen soll, bereits eine Entscheidung erlassen. Damit haben sie sich einer Nachprüfung des Ergebnisses der angeordneten Begutachtung entschlagen. Inwieweit eine solche nötig sei, unterlag zwar in weitestem Umfange ihrem Ermessen. Aber die Vorschrift des § 1034 Abs. 1 bestimmt ausdrücklich, daß die SchRichter vor Erlassung des SchSpruchs nicht nur die Parteien zu hören, sondern auch das dem Streite zugrunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln haben, soweit sie die Ermittlung für erforderlich halten. Dagegen verstößt das eingeschlagene Verfahren. Allerdings ist die Vorschrift des § 1034 Abs. 1 nicht so zu verstehen,

als ob sie es nicht zuließe, einen SchSpruch unter Bedingungen zu erlassen. Indessen versteht es sich dabei von selbst, daß eine irgendwie bedingte Entscheidung immer nur mit der Maßgabe getroffen werden darf, daß ihr zufolge noch die unbedingte Entsch. zu ergehen hat, in der über den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung befunden wird.

2. Abweichende Parteiabreden. BayObLG. 13. 7. 17, BayObLG. 18, 139, R. 17 Nr. 1870, 1871. Die Bestimmung des SchVertrages, daß die Parteien vor der Spruchfällung zu hören sind, „soweit die SchRichter es für erforderlich erachten", enthält eine zulässige Milderung des Ges. Da die Parteien in dem SchVertrage nach § 1041 Abs. 2 auf das rechtl. Gehör ganz verzichten können, ist auch jede Einschränkung desselben zulässig. Man darf die Versagung oder Beschränkung des rechtl. Gehörs nicht unter die unverzichtbare Nr. 1 des § 1041 bringen. Denn dadurch würde man die im Abs. 2 zugelassene Vereinbarung wirkungslos machen. Auch § 1034 Abs. 1 gibt über das rechtl. Gehör keine zwingende Vorschrift (**RG.** 35, 422, GruchotsBeitr. 40, 844).

§ 1039.

1. Entsprechende Anwendung des § 304 ZPO. München 14. 3. 17, R. 17 Nr. 1873. Das SchG. war berechtigt, die Entsch. über Grund und Betrag ähnlich wie nach § 304 ZPO. zu trennen, gleichgültig, ob der Betrag bestritten war (**RG.** 69, 53). Das konnte den Vorteil haben, daß der dem Grunde nach verurteilte Bekl. es auf die ziffernmäßige Berechnung überhaupt nicht mehr ankommen ließ und schneller bezahlte.

2. Entsprechende Anwendung des § 319 ZPO. München 14. 3. 17, R. 17 Nr. 1874. Im Falle zu 1 hatte das SchG. nach Erlassung des Spruchs auf Bejahung des Klagegrundes nachträglich über den Betrag eine neue Entsch. mit der Überschrift „Beschluß" gefällt. Es wurden zwei SchSprüche angenommen. Das SchG. hatte den Willen, den Bekl. zur Zahlung zu verurteilen; dieser Wille ist aber im Spruch zufolge unrichtiger Auffassung von den Erfordernissen eines Urteils nur ungenügend zum Ausdruck gekommen. Es lag also eine „offenbare Unrichtigkeit" vor, deren Berichtigung nach § 319 um so weniger zu beanstanden ist, als über die Grundlagen der Berechnung niemals Streit bestand. (Es wird ferner hervorgehoben, daß die Erlassung des Vollstreckungsurteils bezüglich des Beschlusses auch dann nicht zu beanstanden wäre, wenn es sich um eine Entscheidung nach § 321 ZPO. handelte.)

3. Zustellung der Urschrift. München 29. 12. 16, OLG. 35, 160. § 1039 schreibt zwar die Zustellung einer „Ausfertigung" (§ 170 Abs. 1) vor, diesem Erfordernis wird jedoch auch durch Zustellung einer zweiten Urschrift genügt. Bestätigt durch BayObLG. 15. 6. 17, BayRpflZ. 17, 293, LeipzZ. 17, 1092, R. 17 Nr. 1474. Es genügt, wenn die zugestellte Urkunde von den SchRichtern eigenhändig unterschrieben ist und mit der Urschrift übereinstimmt.

4. **RG.** 3. 10. 16, JDR. 15, 2 jetzt auch JW. 17, 46 und SeuffA. 72, 207.

§ 1041.

I. Abs. 1. 1. Nr. 1. Ungültigkeit des Schiedsvertrages. Dresden 15. 6. 16, SächsOLG. 38, 49. Das SchVerfahren ist unzulässig, wenn der den SchVertrag enthaltende Vertrag ungültig ist. Hierbei wird vorausgesetzt, daß die Partei, welche die Aufhebung des Schiedsspruchs verlangt, die Ungültigkeit vor dem SchG. wenigstens stillschweigend gerügt oder daß sich die Partei vor dem SchG. nicht eingelassen hat (**RG.** 31, 399). Im gegebenen Falle wurde die Ungültigkeit des SchVertrages daraus hergeleitet, daß die nach § 97e der Sächs. RevLGO. v. 24. 4. 73 zur Übernahme bleibender Verbindlichkeiten auf die Gemeinde erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Amtshauptmannschaft) nicht erteilt war. Vgl. ferner zu § 1025 I 5.

2. Nr. 4. Rechtliches Gehör. a) München 29. 12. 16, OLG. 35, 160. Ein nochmaliges Gehör nach einer Beweisaufnahme ist grundsätzlich nicht geboten; es kommt nur in Frage, wenn das SchG. ohne Zutun der Parteien neues Material herbeigeschafft hat. Ebenso BayObLG. 13. 7. 17, R. 17 Nr. 1872. Vgl. ferner

b) **RG.** 17. 4. 17, LeipzZ. 17, 1082. Unterlassung der Benachrichtigung, daß die vorgesehene mündl. Verhandlung nicht stattfinden werde, als unerheblicher Verfahrensfehler bezeichnet, da die Partei Gelegenheit gehabt hatte, dem SchG. alles ihr erforderlich Erscheinende vorzutragen, und nicht angegeben hatte, mit welcher neuen Behauptung sie auf den letzten Schriftsatz des Gegners nicht gehört worden sei.

Ebenso BayObLG. 15. 6. 17, BayRpflZ. 17, 293, R. 17 Nr. 1473. Ist nach den obwaltenden Umständen die Verkürzung einer Partei in ihren Rechten ausgeschlossen, dann kann diese nicht geltend machen, daß ihr das rechtliche Gehör nicht gewährt war. Daher müssen die Einwendungen beachtet werden, die der Partei durch eine von den SchRichtern vorgenommene Änderung des Verfahrens abgeschnitten worden sind. (Vgl. **RG.** 40, 402, JW. 88, 409; 03, 381; 10, 946; 12, 249, 1062.)

3. Nr. 5. **RG.** 3. 11. 16, JW. 17, 46, LeipzZ. 17, 396, R. 17 Nr. 898. Das Gesetz erfordert nur, daß der Spruch mit Gründen versehen ist. Ob sich der SchRichter bei Abfassung der Begründung der Hilfe eines Rechtsverständigen bedienen will, ist lediglich seinem Ermessen überlassen. Hat der SchRichter im vorliegenden Falle einen Beamten der Kl. zugezogen, so ist das zwar nicht zu billigen, berechtigt aber nicht zu dem Schlusse, daß der Spruch nun nicht mit Gründen versehen sei. Auch die von einem anderen verfaßten, aber vom SchRichter genehmigten und unterschriebenen Gründe sind Gründe i. S. des Gesetzes.

4. Nr. 1—5. BayObLG. 28. 4. 16, JDR. 15, I, II, IV jetzt auch BayObLG. 17, 86.

II. Abs. 2. 1. Verzicht auf Begründung. Hamburg 25. 4. 17, HansGZ. 17 Hbl. 268, OLG. 35, 161. Die Parteien können darauf verzichten, daß der SchSpruch mit Gründen versehen wird. (Im gegebenen Falle bejaht, da die Parteien sich einem SchVerfahren unterworfen hatten, in welchem die SchSprüche nicht mit Gründen versehen zu werden brauchen. Daß dies in dem Verfahren der London Hemp Association zutrifft, unterliegt deshalb keinem Zweifel, weil der High Court den SchSpruch bestätigt hat.)

2. Wegen der vertragsmäßigen Beschränkung des rechtlichen Gehörs vgl. zu § 1034, 2.

§ 1042.

1. Klage auf Erfüllung eines ausländischen Schiedsspruchs. **RG.** 17. 10. 16, LeipzZ. 17, 339, R. 17 Nr. 1868. Ob zu dem holländ. SchSpruch das Vollstreckungsurteil erteilt werden könnte, bedarf nicht der Erörterung, da mit der Klage nicht das VollstrUrteil, sondern Verurteilung der Bekl. zu der Zahlung, zu der sie durch jenen Spruch verurteilt ist, verlangt wird. Naturgemäß enthält der SchVertrag neben dem Wege, den er der obsiegenden Partei unter den durch die ZPO. bestimmten Voraussetzungen zum VollstrUrteil eröffnet, in der Sache selbst immer zugleich die Vereinbarung, daß die unterliegende Partei dasjenige zu leisten und zu erfüllen habe, was ihr durch den Spruch auferlegt wird, wobei selbstverständlich das ordnungsmäßige Zustandekommen des Spruches vorauszusetzen ist.

2. Einrede der Rechtskraft. München 29. 12. 16, OLG. 35, 160. Der Einwand, daß dem SchSpruch die Rechtskraft des vorausgegangenen SchVerfahrens entgegengestanden hat, kann im Verfahren nach § 1042 Abs. 2 überhaupt nicht berücksichtigt werden. Die Einrede der Rechtskraft ist ein Teil der sachlichen Beurteilung, deren Richtigkeit das Staatsgericht einem SchG. gegenüber nicht nachprüfen kann.

3. Aufrechnung mit Gegenforderungen in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht im Verfahren nach § 1042 für zulässig erachtet von Hamburg 25. 4. 17, HansGZ. 17 Hbl. 268. Vgl. auch JDR. 15, 2.

4. **RG.** 3. 10. 16, JDR. 15, 2 jetzt auch FrankfRdsch. 50, 86.

§ 1048.

Über Vereinsschiedsgerichte. 1. **RG.** 21. 9. 16; 88, 395, JW. 16, 1474. In § 12 einer Vereinssatzung (des Verbandes Deutscher Schirm-Großfabrikanten) war die Regelung der Zusammensetzung und Zuständigkeit des SchG. einer „Schiedsgerichts-

ordnung" vorbehalten worden, aus der sich erst der Umfang dessen, was überhaupt zur schiedsgerichtl. Entscheidung verwiesen werden sollte, sowie eine Antwort auf die Frage ergab, wer als SchRichter zur Entsch. berufen war oder in welcher Art die Auswahl der mehreren SchRichter getroffen werden sollte.) Eine Satzung, die sich der Bestimmung hierüber enthält, andererseits aber, was die Ernennung der SchRichter anlangt, durch einen Vorbehalt einem Inkrafttreten der in den §§ 1028 ff. ZPO. enthaltenen Gesetzesvorschriften vorbeugen will, ist wirkungslos und entspricht auch nicht den Anforderungen einer gesetzlichen statthaften SchGAnordnung i. S. des § 1048 ZPO. — Ist die „SchGAnordnung" nach der Eintragung des Vereins in das Vereinsregister erlassen, so stellt sie sich als eine wesentliche, über den Inhalt einer bloßen Ausführungsverordnung weit hinausgehende Satzungsergänzung, eine Satzungsänderung i. S. des § 71 BGB. dar und tritt nur unter der Voraussetzung in Wirksamkeit, daß sie in das Vereinsregister eingetragen wird. Es wurde ferner das Bedenken erörtert, ob das in Frage kommende VereinsSchG. etwa ein Vereinsorgan sei, dessen Beauftragung mit einer schiedsgerichtl. Entsch. im Rechtssinne der Rechtswirksamkeit entbehrt, wenn der rechtsfähige Verein dabei selbst als Partei beteiligt ist. (Vgl. **RG.** 29, 319; 55, 326, GruchotsBeitr. 40, 1057, JW. 06, 396.) Nach Zurückverweisung ergab sich, daß das SchG. nach der in der Satzung vorgesehenen Schiedsgerichtsordnung aus vier alljährlich von der Mitgliederversammlung zu wählenden Mitgliedern unter dem Vorsitze eines fünften, ebenso gewählten, zur Ausübung des Richteramts befähigten Juristen gebildet wurde. Die Zulässigkeit eines solchen SchG. wurde anerkannt von

2. **RG.** 7. 6. 17; 90, 306, JW. 17, 930. Wohl muß an sich an dem Grundsatz festgehalten werden, daß niemand Richter in eigener Sache sein kann. Aber das kann keineswegs schon dann angenommen werden, wenn die Satzung die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern durch ein SchG. vorsieht, an dem einzelne Vereinsmitglieder auf Grund einer im voraus erfolgten Abordnung teilzunehmen haben (**RG.** 51, 392, JW. 02, 392). — Es wird ferner darauf hingewiesen, daß dem Mitglied als Mittel gegen parteiische Entscheidung nach §§ 1032, 1045 ZPO. das Recht zustehe, den SchRichter abzulehnen, und ausgeführt, es spreche im Streitfalle nichts dafür, daß das in der Satzung vorgesehene SchG. nur als eine den Verein selbst vertretende, in seinem Namen und in seinem Interesse handelnde Vereinsstelle anzusehen wäre. Vgl. hierzu Heinsheimer, JW. 17, 930 Anm. 8. Nach dem Urteil hängt also die Entsch. von den Umständen ab.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vorbemerkung. Zu der im Schrifttum vielfach, in der Rechtspr. nur selten behandelten Rangordnung bei der ZwVerw. hat das RG. Stellung genommen (§§ 10 ff. II 2). Hinzuweisen ist ferner auf RG. zu §§ 29, 33 (Rücknahme des Versteigerungsantrags).

Schrifttum: v. Dassel, Was versteht das ZVG. unter rückständigen und laufenden Beträgen wiederkehrender Leistungen i. S. der §§ 10, 14? JW. 17, 528. Hierzu Zenker, ebenda 652; Kretzschmar, ebenda 762; Scharmann, ebenda 808. — Fraenkel, Die Sequestration von Grundstücken bei bestehender ZwVerw., DJZ. 17, 895. — Graßhof, Einstellung der LiegenschaftsZwVerst. und Vertagung des VerstTermins mit Rücksicht auf den Krieg, BürBl. 17, 147. — Grohmann-Thiemann, Einführung in das ZVG. (2), Leipzig 1916. — Heine, Die Rechte des HypGläubigers an der Versicherungsforderung vor und nach Einleitung der ZwVerst. und ZwVerw. des Gebäudegrundstücks, ZBlFG. 17, 340. — Höckner, Über das Rangverhältnis unter mehreren Gläubigern im ZwVerwVerfahren, SächsRpflA. 17, 321. — Hoeniger, Die Hypothek für abgetretenen Zinsrückstand, DNotV. 17, 6. — Hollaender, ZwVerw. landwirtschaftl. Grundstücke, PosMSchr. 17, 105. — Kriener, Zubehör und Bestandteil bei Grundstücksveräußerung, ZBlFG. 18, 221. — Ludwig Levy, Befriedigungsrang betreibender Gläubiger in der

ZwVerw., BuschsZ. 46, 283. — Löwe, Die Behandlung streitiger Abgabenansprüche der Gemeinden in der ZwVerst., PrVerwBl. 38, 497. — Lux und Wenz, Der Ersteheranspruch auf Pacht und Miete gemäß § 101 BGB. und § 56 ZVG., ZfdJustSekr. 17, 19. — Mayer, Rangwahrung für ausgesetzte Annuitätenzahlungen, BayRpflZ. 17, 78 und 185. — Nußbaum, Die Kriegsprobleme des großst. Realkredits, Tübingen 1917. — Reinhard, Übersicht über Rechtspr. und Schrifttum zum ZVG., ZBlFG. 18, 156. — Seyfart, Zur praktischen Brauchbarkeit des § 25 ZVG., BankA. 16, 269. — Wernenburg, Die Einwirkung der ZwVerw. und ZwVerst. auf das Versicherungsverhältnis, ThürBl. 64, 58 (bereits JDR. 15, Schriftt. vor §§ 1ff.). — Derselbe, Die Liquidierung der Grundschuld in der ZwVerst., HoldheimsMSchr. 17, 117 (Die nichtvalutierte Grundschuld in der ZwVerst. des Pfandgrundstücks, BayNotZ. 17, 377).

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1ff.

Kraus, SchlHolstAnz. 17, 1ff. behandelt im Aufsatz „Das Recht der Familienfideikommisse und die Familienstiftungen in Schleswig-Holstein" auch den Einfluß von ZwVerst. und ZwVerw.

§§ 10ff.

I. Rückständige und laufende Beträge wiederkehrender Leistungen i. S. des ZVG.

A. 1. v. Dassel, JW. 17, 528. Der Betrag einer wiederk. Leistung, der am letzten Fälligkeitstermin zu berichtigen war, ist kein laufender Betrag, sondern ein Rückstand. (**RG.** 22, 139 kann — als das Konkursrecht betreffend — für die Gegenmeinung nicht verwendet werden.) Zustimmend

2. Kretzschmar, JW. 17, 762. Das Gesagte gilt auch, wenn die Leistung für den Zeitraum, auf den sie entfällt, im voraus zu entrichten ist. Eine Schranke findet die bedungene Vorauszahlung von Zinsen nur bei der ZwVerst. des Grundstücks nach § 56 S. 2. Bei der ZwVerw. besteht eine solche Schranke nicht. Abweichend

3. Zenker, JW. 17, 652, der nicht Rückstand, sondern laufenden Betrag annimmt, wie der Sinn des § 13 Halbs. 1 Abs. 1 entgegen der Praxis ergebe. Nach der Ansicht zu 1 wäre für das ZwVerst. und ZwVerwVerfahren der Unterschied zwischen im voraus und nachträglich verzinslichen Hypotheken aufgehoben. Gegen Zenker

4. Wenz, ZfdJustSekr. 17, 109. Nur die Beträge sind laufende, die für den Zeitraum zu entrichten sind, der mit dem letzten Fälligkeitstermin vor der Beschlagnahme beginnt.

5. Scharmann, JW. 17, 808 tritt für eine Mittelmeinung ein. Rückständig ist eine Zinsrate dann, wenn sie fällig geworden ist, d. h. wenn der Anspruch auf ihre Zahlung, actio nata gegeben ist. Ist dieser Zeitpunkt bezüglich einer Zinsrate am 2. 1. 15 eingetreten, so sind rückständige Zinsen aus den letzten 2 Jahren, zurückgerechnet vom letzten Fälligkeitstermin vor der Beschlagnahme (§ 13), im Bsp. dem 1. 1. 17, vorhanden. Dieser Erklärung des Begriffs „rückständig" gegenüber kann es nicht darauf ankommen, ob diese Zinsen ihrer Laufzeit oder Entstehung nach in den vorhergehenden Zeitraum fallen. Hinsichtlich dieses Zeitraums (30. 6. 14 bis 1. 1. 15) waren es eben keine Rückstände, sondern laufende Zinsen („Außenstände").

B. **RG.** 12. 12. 17; 91, 297. Eine Leistung ist rückständig, wenn der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch (**RG.** JW. 11, 953). Dies ist auch im ZVG. unter Rückständen wiederkehrender Leistungen zu verstehen, wie sich aus § 13 Abs. 1 ergibt. Danach sind Zinsen rückständig, wenn sie für eine Zeit bis zum letzten Fälligkeitstermin vor der Grundstücksbeschlagnahme zu entrichten waren und der Anspruch auf sie noch nicht erloschen ist. Das gleiche gilt auch von den Amortisationsbeiträgen (§ 10 Nr. 4). Der Eintritt eines Gläubigerwechsels, bei

dem eine Tilgung der Ansprüche auf Zinsen oder Amortisationsbeiträge nicht erfolgt, ist für die Frage der Rückständigkeit von keiner Bedeutung.

II. Rangordnung.

A. Zwangsversteigerung. **RG.** 12. 12. 17; 91, 297 (vgl. I B). Mehr als zwei Jahre alte Rückstände an Zinsen und Amortisationsbeiträgen, die durch Ausübung eines Ablösungsrechts auf den Ablösungsberechtigten übergegangen sind, gehören nicht nach § 10 Nr. 4 in die 4., sondern nach § 10 Nr. 8 in die 8. Rangklasse. Das Ablösungsrecht ist nicht zum Schutze des Schuldners gegeben, sondern um dem Berechtigten die Möglichkeit zu gewähren, die ihm durch die ZwVollstr. des betreibenden Gläubigers drohende Gefahr des Verlustes eines Rechtes oder seines Besitzes abzuwenden. Hat der Ablösungsberechtigte durch Befriedigung der Ansprüche des Gl. auf Rückstände die Gefahr abgewendet und führt er es dann nicht herbei, daß er vom Schuldner wegen der Rückstände Ersatz erlangt, so muß er, wenn demnächst das Grundstück dennoch versteigert wird, es hinnehmen, daß er mit den mehr als 2 Jahre alt gewordenen Rückständen erst in der 8. Rangklasse zur Hebung kommt. Die zeitliche Grenze für das Vorrecht der Rückstände aus § 10 Nr. 4 ist vom Ges. deshalb gezogen, weil die Sicherheit des Realkredits leiden müßte, wenn das Vorrecht allen nicht verjährten Ansprüchen gewährt würde (Denkschr. zu § 10 d. Entw.).

B. Zwangsverwaltung. 1. Levy, BuschsZ. 46, 283 schließt sich in der Streitfrage des Befriedigungsranges betreibender Gläubiger der Ansicht an, daß sich der Rang nach der Zeitfolge der Beschlagnahmen richte (§ 11 Abs. 2) und verwirft die Meinung, daß es bei der Rangordnung des § 10 Nr. 1 bis 5 bleibe. Die erste Ansicht wird gerechtfertigt aus der Fassung des Gesetzes, der Natur der Dinglichkeit und praktischen Erwägungen. Die Gegenmeinung übersieht insbesondere den Eingang des § 10, sonst müßte sie bei Nichtanwendung des § 11 Abs. 2 auf die Zwangsverw. die Regelung des § 10 Eingang für maßgebend erklären. Unzutreffend ist, daß § 11 Abs. 2 bei der hier vertretenen Ansicht für die Zwangsverw. eine andere Bedeutung habe als für die ZwVerst. — Dagegen

2. **RG.** 2. 12. 16; 89, 147, BürBl. 17, 69, JW. 17, 228 (Anm. v. Stillschweig), LeipzZ. 17, 324, R. 17 Nr. 298, SächsRpflA. 17, 434 (Warneyer), ZfdJustSekr. 17, 49. Der § 11 Abs. 2 ZVG. hat die Rangordnung des § 10 ZVG. zur Voraussetzung und kann, nachdem diese Rangordnung bei der ZwVerw. durch § 155 Abänderungen erfahren hat, nur entsprechend herangezogen werden. Bei dieser entspr. Anwendung darf nicht außer Betracht bleiben, daß infolge der Änderungen die fünfte Klasse bei der ZwVerst. nicht dieselbe ist, wie bei der ZwVerw. Dort enthält sie nur persönliche Gläubiger und unter diesen entscheidet naturgemäß die Zeit der Beschlagnahme. Tritt bei der ZwVerw. derselbe Fall ein, so liegt die Sache ebenso. Anders aber liegt sie, wenn infolge der Vorschrift des § 155 Abs. 2 dingl. Berechtigte, insbes. HypGläubiger, in die Klasse hineingedrängt werden. Dann kann § 11 Abs. 2 entspr. nur im Verhältnis der betreibenden persönl. Gläubiger untereinander angewendet werden, im Verhältnis zu den betreibenden HypGläubigern müssen sich die persönl. Gläubiger die entspr. Anwendung des in der Rangordnung der §§ 10 Nr. 4, 5 und 11 Abs. 1 des Ges. anerkannten „Hypothekenvorrangs" gefallen lassen. — Hierzu

3. Stillschweig, JW. 17, 228. Tatsächlich entspricht nur diese Auffassung dem Wesen des hyp. Pfandrechts. Auch betrifft offensichtlich die Vorschrift des § 11 Abs. 2 nach ihrem organischen Zusammenhang mit den rangbestimmenden Anordnungen des § 10 nur den Widerstreit persönl. Kapitalforderungen und sie darf nicht auf Fälle erstreckt werden, in denen der eine der beiden Ansprüche kraft Hypothekenrechts vor dem anderen bevorzugt ist.

4. Höckner, SächsRpflA. 17, 321. Die Entsch. RG. 2. 12. 16 (oben Ziff. 2) steht mit dem Wortlaute des Ges. im Widerspruch. Das Ges. sagt nicht, daß der Anspruch des Gläubigers in der 5. Klasse zum Ansatz komme, „soweit der Gläubiger nicht in einer der vorgehenden Klassen zu befriedigen sei", sondern es sagt, „soweit der Anspruch nicht in

einer der vorgehenden Klassen zu befriedigen sei". In Nr. 6 und Nr. 4 des § 10 ist beidemale die Rede von Ansprüchen, die dem Gläubiger gegenüber unwirksam sind, und auch § 11 Abs. 1 spricht von Ansprüchen, die zu befriedigen sind. Daher kann das Wort „er" in Nr. 5 auch nur diesen Sinn haben. Der Hinweis des RG. auf die §§ 805, 810 ZPO. greift nicht durch, weil gerade die fragl. Gesetzesbestimmung ausgeschaltet und andere ihr nur gleichgeordnete zur Auslegung herangezogen werden.

§ 10.

Abs. 1. 1. Zu Nr. 1. Dresden 8. 2. 16, SächsOLG. 37, 423. Anspruch des die ZwVerw. betreibenden Gläub. auf Erstattung seiner Ausgaben für die Erwerbung von Vorräten zur Fortsetzung der Brauerei in dem zu diesem Betriebe eingerichteten Grundstück.

2. Zu Nr. 3. Posen 19. 6. 17, OLG. 35, 204, PosMSchr. 17, 70. Das Vorrecht des § 10 Nr. 3 wird für die Kanalgebühren und Wasserzinsforderungen einer Stadtgemeinde verneint. Der Wasserzins ist schon begrifflich eine rein persönl. Leistung der an die Wasserleitung angeschlossenen Personen. Gegen die Dinglichkeit der Kanalgebühr spricht das Ortsstatut. Übrigens verneint das KG. die Dinglichkeit ohne Rücksicht auf das Ortsstatut.

3. Zu Nr. 4. Mayer, BayRpflZ. 17, 78 u. 185 behandelt die Rangwahrung für ausgesetzte Annuitätenzahlungen (Zinszuschläge zur Abzahlung von Hypotheken). Um mit diesen Abzahlungsbeträgen nicht in die 8. Klasse zurückgedrängt zu werden, sondern seinen Rang in der 4. Klasse zu behalten, vereinbart der HypGläubiger mit dem Eigentümer die Aussetzung der Tilgung für eine bestimmte Zahl von Jahren und verzichtet auf die Hyp. für den Teil der Forderung, der während dieser Zeit zu tilgen gewesen wäre (§§ 1168, 1177 BGB.). Zum gleichen Ziel führt eine bloße Änderung der Zahlungsbestimmungen in der Weise, daß Abzahlungen während eines bestimmten Zeitraums nicht geleistet, sondern auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden und dadurch die Tilgungsdauer sich um einen gleichgroßen Zeitraum verlängern soll.

4. Zu Nr. 8. Stuttgart 24. 5. 17, R. 17 Nr. 2099. Die nach § 1150 BGB. abgelösten Ansprüche aus Rechten an dem Grundstück können nicht mehr Rückstände i. S. von § 10 Nr. 8 werden oder sein. Durch § 10 Nr. 8 soll im Interesse des Realkredits der Neigung der Gläubiger, die Amortisationsquoten lange stehen zu lassen, entgegengewirkt, dagegen soll nicht dem Bürgen, dem nicht persönlich haftenden Eigentümer und dem Ablösungsberechtigten die Ablösung erschwert werden. Weil der Gläubiger befriedigt wird, handelt es sich von da ab nicht mehr um rückständige Amortisationsquoten, mag auch der auslösende Dritte einen Ersatzanspruch haben.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 17.

Rostock 1. 5. 16, MecklZ. 35, 87. Ist der Eigenbesitzer nicht zugleich Eigentümer, so muß außer dem Titel gegen den Eigentümer ein Duldungstitel vorliegen, falls der Besitzer nicht die Vollstreckung freiwillig gestattet.

§ 20.

1. Heine, ZBlFG. 17, 344. Wenn Werneburg, ZBlFG. 15, 504 im Anschluß an RG. 78, 25 und OLG. 14, 110 sagt, daß die in der hypothekarischen Haftung verbliebene Versicherungsforderung nach §§ 20, 90 auf den Ersteher übergehe, so ist ergänzend zu bemerken, daß — abgesehen von dem Falle der Wiederaufbauklausel — die Forderung gemäß § 65 auch einem anderen als dem Ersteher zugeschlagen bzw. an Zahlungsstatt überwiesen werden kann (vgl. Schneider, MittöffFeuerversAnst. 15, 468).

2. Abs. 2. Dresden 5. 2. 17, BürBl. 17, 218, OLG. 35, 190, SächsRpflA. 17, 309. Die Immobiliarvollstreckung erstreckt sich auf das dem Grundstückseigentümer gehörige Zubehör (Vieh) in einem Falle, wo das Vieh ohne Entfernung vom Grundstück veräußert,

darauf das Grundstück beschlagnahmt, später das Vieh weiterveräußert, und zwar auf den am Grundstück hinlaufenden öffentlichen Weg hinausgeführt, aber sogleich in das Grundstück zurückgeführt wurde. Hier fehlt es am Merkmal der „Entfernung".

§ 25.

Seyfart, BankA. 16, 269 meint, daß § 25 den praktischen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht genügend entgegenkomme. Er versagt als „Ersatzmittel" der ZwVerw. Im ZwVerstVerfahren werden Maßregeln nach § 25 gelegentlich, aber immer nur ausnahmsweise ein brauchbares Mittel für den betreibenden Gläubiger sein.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§§ 28ff.

ElsLothNotZ. 17, 61 enthält die Ausführungen des OLG.Präsidenten (Colmar) in der PrüfungsVfg. v. 28. 6. 1915 über die einstw. Einstellung des LiegenschaftsZwVollstrVerfahrens durch den Notar: Soweit das ZVG. selbst in den Fällen der §§ 28, 30, 75, 76 Abs. 1 und 77 (siehe auch § 33) die einstw. Einstellung vorsieht, könne die Befugnis des Notars, die bezügliche Entscheidung zu treffen, nicht wohl angezweifelt werden, da der § 1 AGZVG. sie in zulässiger Weise dem Notar übertragen hat (vgl. zu § 13 EGZVG. Jaeckel-Güthe, Anm. 2; Wolff, Anm. 3; Fischer-Schäfer, Anm. 1). Soweit dagegen die ZPO. in den §§ 766, 732 Abs. 2, 769 Abs. 2, 771 Abs. 3 für die Anordnung der einstw. Einstellung der ZV. Raum gibt, bestehe die Zuständigkeit nicht, weil die Übertragung in § 1 AGZVG. nur die im ZVG. dem VollstreckungsG. zugewiesenen Amtshandlungen umfaßt. Nur im Falle des § 775 ZPO. (Ziff. 2, 4 und 5; vgl. § 776 ZPO.) werde der Notar, wie jedes andere Vollstreckungsorgan, berechtigt und verpflichtet sein, die ZV. einstw. einzustellen. Soweit hiernach der Notar zur Entscheidung über die einstw. Einstellung berufen sei, können gerichtsseitig Gebühren für die Staatskasse nach den Bestimmungen der GerKostengesetze nicht erhoben werden.

§ 28.

1. Kriener, ZBlFG. 18, 231 behandelt auch die einstweilige Einstellung der ZwVollstr. in Zubehörstücke (vgl. **RG.** 70, 404) und die entspr. Anwendung auf Bestandteile des Grundstücks.

2. Hamburg 7. 3. 17, JW. 17, 741. Der Hypothekengläubiger kann gegenüber einem später eingetragenen Wohnungsrecht (§ 1093 BGB.) auf Duldung der ZwVerw., nicht aber der ZwVerst. klagen; hier fehlt ihm das rechtliche Interesse. S. §§ 146 ff. Ziff. 4.

§§ 29, 33.

RG. 23. 2. 17; 89, 426, BürBl. 17, 116, JW. 17, 462, LeipzZ. 17, 533, R. 17 Nr. 730, SächsRpflA. 17, 433. Die Zurücknahme des Versteigerungsantrags kann auch noch nach dem Schluß der Versteigerung bis zur Verkündung des den Zuschlag erteilenden Beschlusses erfolgen. Wird das Verfahren von mehreren Gläubigern betrieben und nimmt nach dem Schlusse der Versteigerung der im Range vorgehende Gläubiger den Versteigerungsantrag zurück, so ist der Zuschlag zu versagen und unter anderweitiger Feststellung des geringsten Gebotes das Verfahren zu wiederholen, sofern nicht die Berechtigten, die infolge der Zurücknahme des Versteigerungsantrags des einen Gläubigers Anspruch auf Berücksichtigung im geringsten Gebot haben, ihre Nichtberücksichtigung genehmigen. Verschulden des Anwalts eines betreibenden Gläubigers bei Nichtzurücknahme des Versteigerungsantrags (§ 611 BGB.).

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 37.

Ziff. 5. 1. Kriener, ZBlFG. 18, 229ff. Der Lieferant eines Bestandteils kann sein Wegnahmerecht dadurch wahren, daß er bis zur Erteilung des Zuschlags die Aufhebung

oder einstweilige Einstellung des VerstVerfahrens in der Richtung auf dieses Recht herbeiführt. Dann bleibt der Wegnahmeanspruch vom Zuschlage unberührt, er erlischt also nicht in der Richtung gegen den Ersteher. Vgl. auch **RG.** 74, 203. — Macht der Lieferant von seinem Rechte nach § 37 Ziff. 5 nicht rechtzeitig Gebrauch, so hat sein Ersatzanspruch (§ 92) Rang nach den in § 10 genannten ersten drei Gruppen. Das gleiche gilt, wenn eingebrachte Sachen des Mieters wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden sind, z. B. bei Vertäfelung eines Zimmers.

2. Kriener ebenda, 233. Wird erst im Versteigerungstermin ein Antrag auf Aufhebung oder einstw. Einstellung gestellt, so wird (bei schwieriger Rechtslage) der Versteigerungsbeamte den Zuschlagstermin vertagen (§ 87) und den Dritten veranlassen, binnen dieser Frist einen Beschluß des VollstrGerichts zu erwirken. Lautet dieser auf Abweisung, so wird der Zuschlag erteilt, andernfalls versagt (§ 33).

3. **RG.** 28. 10. 16; 89, 61 (Zubehör-Eigenschaft von Maschinen bei einem Dampfschneidewerk wird verneint) s. oben Ziff. 3 zu §§ 97, 98 BGB.

4. Posen 24. 2. 17 s. § 83 Ziff. 2.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44.

S. §§ 29, 33.

§§ 50, 51.

Werneburg, HoldheimsMSchr. 17, 117 (BayNotZ. 17, 377) behandelt die Liquidierung der Grundschuld in der ZwVerst. Im Falle der vollen Liquidierung der nicht valutierten Grundschuld durch den Grundschuldgläubiger kommt er zu dem gleichen Ergebnis wie **RG.** 78, 61. Im Falle der Liquidierung nur zum tatsächlich valutierten Teil der Grundschuld unterscheidet er drei Meinungen. Nach der älteren Ansicht des RG. (60, 254) fällt der nicht liquidierte Teil des Versteigerungserlöses den nachstehenden Realgläubigern zu. Nach der jetzigen Ansicht des RG. (78, 61) ist der nicht liquidierte Teil des Versteigerungserlöses vom VollstreckungsG. zu hinterlegen. Nach der dritten (herrschenden) Ansicht, der sich Werneburg anschließt, ist der vom Grundschuldgläubiger nicht liquidierte Betrag der Grundschuld deren Besteller, dem Subhastaten, bei Erklärung der Nichtliquidierung seitens des ersteren unmittelbar zuzuerteilen, so daß also weder Zuerteilung an die Nachhypothekare, noch Hinterlegung dieses Betrages stattfindet. Für die Anwendung des § 117 ist kein Raum, da nicht einzusehen ist, warum die Auszahlung des restlichen Versteigerungserlöses an den Subhastaten seitens des VollstreckungsG. „nicht erfolgen kann".

§ 53.

RG. 28. 10. 16; 89, 77, JW. 17, 41 (Anm. v. Stillschweig), LeipzZ. 17, 189. § 53 bestimmt, daß für den Fall, daß eine Hypothek stehen bleibt und vom Ersteher übernommen wird, die Vorschriften des § 416 BGB. Anwendung finden, mit der Maßgabe, daß als Veräußerer i. S. dieser Vorschriften der Schuldner anzusehen ist. Hier hat das Gesetz die bestrittene Konstruktionsfrage, ob das in der ZwVerst. ergehende Zuschlagsurteil einen sog. originären Erwerbstitel darstellt, ersichtlich beiseite gestellt; dem Schuldner ist durch die Bestimmung, daß er in Ansehung der rechtlichen Beurteilung der Hypothekenübernahme als der Veräußerer des Grundstücks anzusehen sei, im Verhältnis zum Ersteher die Stellung eines „Rechtsvorgängers" angewiesen. Vgl. hierzu Bemerkungen v. Wenz und Szartowicz, ZfdJustSekr. 17, 30 und 70.

§ 55.

1. Kriener, ZBlFG. 18, 228. Das Schicksal von Zubehöreigentumsanspruch und Bestandteilswegnahmeanspruch ist nach § 55 Abs. 2 und § 93 Abs. 2 für den Fall der ZwVerst. einheitlich geregelt. Gegenüber dem Ersteher versagt der Wegnahmeanspruch.

2. Colmar 2. 11. 16, DJZ. 17, 147, ElsLothZ. 17, 5. Die Mobiliarpfändung der

Mobilien eines Schloßgutes wird für zulässig erklärt, weil sie im Verkehr nicht als Zubehör angesehen werden.

§ 56.

Lux und Wenz, ZfdJustSekr. 17, 19 behandeln den Ersteheranspruch auf Pacht und Miete in weiterer Ausführung ihrer früheren Darlegungen (ZfdJustSekr. 16, 156; s. JDR. 15 § 56 Ziff. 1).

§ 58.

S. § 90 Ziff. 1.

§ 63.

1. **RG.** 14. 3. 16, ZBlFG. 18, 19 vgl. JDR. 15 § 63 Ziff. 2.

2. LG. Colmar 13. 4. 17, ElsLothNotZ. 17, 144. § 63 sieht in Abs. 5 selbst vor, daß ein Einzelausgebot mit Zustimmung der Beteiligten unterbleiben kann. Stillschweigende Zustimmung ist zuzulassen (KG. OLG. 19, 191).

§ 65.

S. §§ 20, 90.

V. Versteigerung.

§ 71.

PrOVG. 14. 4. 15, OLG. 33, 168. Ein rechtskräftiger Zuschlag an eine ausl. Gesellschaft, der die erforderliche Genehmigung versagt wird, ist als nicht geschehen anzusehen.

§ 75.

1. Hamburg 28. 6. 17, OLG. 35, 195. Die Rechtsfolge des § 75, also die Einstellung des Verfahrens, soll bereits eintreten, wenn der zur Befriedigung erforderliche Betrag dem Gericht gezahlt wird. Dieses hat daher in seiner Eigenschaft als VollstrG. auf die — etwa durch Abführung des eingezahlten Betrags an den Gläubiger — eingetretene Befriedigung von Amts wegen keine Rücksicht zu nehmen, muß vielmehr das nur gemäß § 75 eingestellte Verfahren fortsetzen, wenn der Gläubiger einen entsprechenden Antrag stellt (§ 31), es sei denn, daß der Zahlende eine Einstellung (Aufhebung) des Verfahrens durch das Prozeßgericht herbeigeführt hat (Fischer-Schäfer § 75 N. 3d). Erfolgt die Zahlung erst nach dem Schluß der Versteigerung, so wird der Zuschlag versagt (§ 33); dies wirkt wie eine einstweilige Einstellung des Verfahrens (§ 86). Auch diese Zuschlagsversagung findet Begründung also lediglich darin, daß durch die Zahlung ein Grund zur einstw. Einstellung des Verfahrens eingetreten ist.

2. Hamburg, ebenda. Ein geringfügiger Unterschied zwischen dem eingezahlten und dem Betrage, wie er sich schließlich als zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers als erforderlich herausstellt, hat die Vereitelung der beabsichtigten Einstellung nicht zur Folge. Eine wörtliche Auslegung des Gesetzes ist abzulehnen, vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob nach Treu und Glauben die Zahlung als zur Befriedigung des Gläubigers i. S. des § 75 für ausreichend angesehen werden kann. Bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit der noch rückständigen Leistung wird daher unter Umständen die Teilleistung der vollständigen Leistung in betreff der Rechtsfolgen aus § 75 gleichgestellt werden können (vgl. dazu in anderem Zusammenhange **RG.** 82, 178).

3. Hamburg, ebenda. Es ist nicht richtig, daß beim Vorhandensein mehrerer betreibender Gläubiger nur die Auslösung sämtlicher Gläubiger die Folge der Einstellung haben könne. Die Sachlage ist rechtlich nicht anders zu beurteilen, als wenn von mehreren betreibenden Gläubigern einer den Antrag zurücknimmt: Die Rücknahme zieht die anderweitige Feststellung des geringsten Gebotes bzw. die Versagung des Zuschlages nach sich (Fischer, BuschsZ. 45, 35).

4. Siehe auch §§ 28ff.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 83.

Nr. 1. 1. Rostock 22. 3. 17, MecklZ. 35, 393, OLG. 35, 192. Aufrechterhaltung des Zuschlags, wenn eine beim geringsten Gebot nicht berücksichtigte Anmeldung zurückgenommen wird (es handelte sich um ein nicht von Amts wegen — § 45 —, sondern nur auf Grund der Anmeldung zu berücksichtigendes Recht).

2. Posen 24. 2. 17, OLG. 35, 193, PosMSchr. 17, 25. Berücksichtigung eines Geldabfindungsanspruchs statt des Leibgedinges beim geringsten Gebot. Enthält das Grundbuchblatt keine Ablösungssumme, so konnte ein anderes Recht als „das Altenteil" ohne rechtzeitige Anmeldung (§ 37 Nr. 4) beim geringsten Gebot nicht berücksichtigt werden.

§ 84.

1. LG. I Berlin 4. 11. 16, JW. 17, 57. In der bloßen Annahme einer nach § 172 ZPO. ungültigen persönl. Zustellung liegt noch nicht eine Genehmigung des Verfahrens.

2. S. § 63.

§ 90.

1. Die Entsch. 1 zu § 1164.

2. S. auch § 20.

§ 91.

1. Schneider, DJZ. 17, 784 wendet sich gegen **RG.** 88, 300 (JDR. 15 § 91 Ziff. 4). Die Ansicht des RG., daß nach Verzicht des Gläubigers auf eine vorstehende Hyp. diese zur Eigentümerhypothek des ZwVerstSchuldners werde, scheitert schon, wenn man (Güthe ZVG. § 92 [8]) die neu entstandene Eigentümerhyp. dem Subhastaten statt dem jetzigen „Eigentümer", dem Ersteher, zusprechen will (§§ 90 Abs. 1, 92 Abs. 1, § 1168 Abs. 1 BGB. — „der Eigentümer"). Vom prozeßrechtl. Standpunkt könnte das RG. kraft seiner oberstrichterl. Entscheidungsgewalt sagen, in und durch das ZwVerstVerfahren sei kraft Prozeßrechts der Erlös den beteiligten Gläubigern in ihrer durch das Grundbuch bisher bestimmten Reihenfolge verfangen; bei Wegfall eines Gläubigers, der sein Gläubigerrecht nicht etwa anders wohin überträgt, rückt also ohne Berücksichtigung eines selbst mit Hilfe des § 92 nur äußerst künstlich abzuleitenden Vorrechts des „Eigentümers" oder, genauer gesagt, des Subhastaten der bisherige Nachhypothekar vor.

2. **RG.** 19. 9. 17, WarnE. 17, 432. RG. hält an der bisherigen Rechtspr. über die nicht valutierte Sicherungshyp. in der ZwVerst. und der Geltendmachung des Anspruchs auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse fest. Vgl. **RG.** 55, 220; 75, 221, 245; GruchotsBeitr. 56, 1069; ZBlFG. 16, 578.

3. **RG.** 12. 12. 16, JW. 17, 478, ZfdJustSekr. 17, 99. Das Recht der Anfechtung der Mietpfändung (auf Grund eines VollstrTitels, zu dem der Eigentümer dem Pfändungsgl. durch passives Verhalten in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung verholfen hat) wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß nachträglich infolge Zuschlags des Grundstücks in der ZwVerst. das dingliche Recht am Grundstück erloschen ist.

4. BayObLG. 24. 1. 16, BayObLG. 17, 7 (s. bereits JDR. 15 § 91 Ziff. 8 und 9). Eine Vereinbarung i. S. des § 91 Abs. 2 wirkt entsprechend dem Zwecke der Vorschrift wie die Befriedigung der Berechtigten aus dem Grundstücke nur dann, wenn durch sie das Erlöschen der Hyp. verhindert wird.

5. KG. 13. 4. 16, OLG. 34, 220. Bestehenbleiben einer Hypothek ist auch dann möglich, wenn sie dem Ersteher zustand.

§ 93.

1. KG. 22. 9. 16, ZfdJustSekr. Beil. Preuß. 17, 15. Gegen einen Dritten, der das versteigerte Grundstück besitzt, wird die VollstrKlausel auf Anordnung des Richters erteilt.

2. S. auch § 55.

VII. Beschwerde.

§§ 95, 96.

Rostock 8. 12. 16, OLG. 35, 199. Die Voraussetzung des § 568 Abs. 2 ZPO. (neuer selbständiger Beschwerdegrund) gilt auch in der ZwVerst.

§ 95.

1. Rostock 18. 5. 17, MecklZ. 35, 394, OLG. 35, 198. Gegen die Anberaumung eines Versteigerungstermins findet gemäß § 95 keine Beschwerde statt, weil die Terminsansetzung sich nicht als eine Entscheidung darstellt, die die Anordnung oder Fortsetzung des Verfahrens betrifft (OLG. 31, 188). Sie stellt sich hier auch nicht etwa deshalb als eine Entsch. über die Fortsetzung des Verfahrens dar, weil dieses auf Antrag des Gläubigers zeitweise geruht hatte. Eine solche Entsch. läge nur vor — abgesehen von dem hier nicht anwendbaren § 43 —, wenn das Verfahren gemäß § 31 durch Beschluß eingestellt gewesen wäre (Jäckel-Güthe § 95[2]).

2. Posen 18. 11. 16, OLG. 35, 198, PosMSchr. 16, 131. Die Verlegung des Verst-Termins um volle 6 Monate unterliegt der Beschwerde, weil sie einer einstw. Einstellung des Verfahrens gleichkommt.

3. Posen 2. 8. 16, OLG. 35, 198, PosMSchr. 16, 104. Gegen die Anordnung der ZwVerst. ist dem Schuldner, weil er über den Antrag des Gläubigers nicht gehört wird, nur die Erinnerung gegeben; diese steht auch seiner gütergem. Frau zu, weil sie an dem Verfahren unmittelbar beteiligt und zu dem Rechtsbehelf auch gemäß § 1450 BGB. als berechtigt anzusehen ist.

§§ 97, 98.

1. Rostock 6. 11. 16, OLG. 35, 200; vgl. JDR. 15 § 97.

2. Posen 23. 9. 16, OLG. 35, 201, PosMSchr. 16, 104. Der § 98 bietet keinen Anhalt dafür, daß der Beginn der Beschwerdefrist nur dann schon durch das Erscheinen im Versteigerungstermin in Lauf gesetzt sein sollte, wenn im VerstTermin auch die Verkündung des Zuschlags erfolgt, daß dagegen dazu das Erscheinen im Termin zur Verkündung des Zuschlags erfordert würde, wenn der Zuschlagsbeschluß in einem besonderen Termin verkündet wird.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 110.

KG. 23. 10. 16, DJZ. 17, 139. Auf die schuldrechtl. Wirkung einer im Grundbuch nicht eingetragenen Vorrangseinräumung einer Hyp. kann sich der Berechtigte bei seinem Verlangen auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse berufen (**RG.** 65, 64; 71, 426). Durch Nichtanmeldung ist der Vorrang nach §§ 37, 110 nicht verwirkt worden, da der Anspruch noch zur Zeit der Kaufgelderverteilung zum vollen Betrage der ungeteilten Hyp. aus dem Grundbuch ersichtlich, der ganze Betrag also von Amts wegen im Teilungsplan zu berücksichtigen war. Die Vorlegung der Abtretungsurkunden, sowie des Stamm- und Zweigbriefes diente lediglich zum Nachweise, in welchem Umfange jede der Parteien diesen Betrag für sich in Anspruch zu nehmen berechtigt sei. Diese Berechtigung hatte der Vollstreckungsrichter nach § 117 an der Hand der ihm vorgelegten Urkunden zu prüfen und auch ohne vorherige Anmeldung zu berücksichtigen (**RG.** 73, 298). Aus den Urkunden ergab sich, daß die Kl. wegen des ihr verbliebenen Teils der Hyp. vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangen kann.

§§ 115, 119.

Löwe, PrVerwBl. 38, 497 wendet sich dagegen, daß in der Praxis stets der Einwand gegen das Vorrecht streitiger Kommunalabgabenansprüche (§ 75 Pr. KommAbgabGes.) — § 103 — als „Widerspruch" behandelt wird (so Lüttich, ABürgR. 37, 370); es wird zur Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges (über die einzige wesentliche

Frage) kommen (**RG.** 32, 345). Nach Löwe ist, da die streitige Abgabenforderung ein Anspruch ist, der durch eine der Gemeinde nachteilige endgültige Entscheidung auflösend bedingt ist, nach § 119 zu verfahren. Es ist also „durch den Teilungsplan festzustellen, wie der Betrag anderweit verteilt werden soll, wenn der Anspruch wegfällt". Die Gemeinde erhält im übrigen die ihr nach § 75 KAG. sofort zustehende Abgabe. Bei späterer Freistellung hat der im Teilungsplan bestimmte Empfangsberechtigte einen liquiden Anspruch gegen die Gemeinde. Wird allerdings der Grund des Widerspruchs nicht genannt, so muß (vgl. Jäckel-Güthe, ZVG. (4), 464) der Versteigerungsrichter den Widerspruch ohne weiteres beachten. Ein Prozeß muß allerdings bei Beschränkung auf den in Rede stehenden Klagegrund an der Unzulässigkeit des Rechtsweges scheitern. Beim Widerspruch des Schuldners ist nach § 115 Abs. 3 zu verfahren.

§ 115.

1. BayObLG. 24. 1. 16, BayObLG. 17, 7. Gegenüber einem Rechte auf Befriedigung aus dem Erlöse ist widerspruchsberechtigt nur, wer selbst ein solches Recht geltend machen kann, hierin aber durch das Recht des Gegners verdrängt wird. Dies gilt auch dann, wenn zwar nicht zwei Rechte auf Befriedigung aus dem Erlöse, sondern zwei Pfandrechte an einem solchen Rechte aufeinanderstoßen. Der widersprechende Gläubiger kann sein besseres Recht auch mit der Behauptung verfolgen, daß das Pfandrecht des Gegners überhaupt nicht entstanden oder doch wieder erloschen sei (§ 878 ZPO.). Vgl. **RG.** 74, 317.

2. Die Entsch. 2 zu § 879 ZPO.

§ 117.

Vgl. §§ 50, 51, 110.

§ 118.

RG. 12. 12. 16, R. 17 Nr. 517. Die Übertragung der Forderung gegen den Ersteher kann nur durch ausdrückl. Anordnung erfolgen. Gegen Entscheidungen im ZwVollstr-Verfahren ist nur die sofortige Beschwerde zulässig, diese setzt die Zustellung oder Verkündung, also den Erlaß einer Entscheidung voraus; weiterhin ist die nach § 118 ZVG. vom VollstreckungsG. beim Unterbleiben der Berichtigung des Bargebots zu erlassende Anordnung nach verschiedenen Richtungen hin (§ 118 Abs. 2, 128, 132 ZVG.) von tiefgreifender Bedeutung.

§ 128.

Stuttgart 17. 11. 16, LeipzZ. 17, 1011, OLG. 35, 201, WürttZ. 28, 162. Wirkung einer Sicherungshyp. nach § 128 auf den öffentl. Glauben des Grundbuchs. Eine solche Eintragung beseitigt nicht den öffentl. Glauben des Grundbuchs hinsichtlich der Hypothek und macht die Eintragung eines Widerspruchs nicht überflüssig. Die Eintragung gibt keinen Aufschluß darüber, ob der Widerspruch begründet war, ob also die Hyp. in Wirklichkeit nicht zu Recht besteht. Der grundbuchmäßig wirksame Ausdruck, daß die Hyp. nicht zu Recht besteht, erfordert die Eintragung eines besonderen Widerspruchs (§ 892 BGB.).

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§§ 146 ff.

1. Hollaender, PosMSchr. 17, 105 behandelt Mißstände bei der ZwVerw. landwirtschaftl. Grundstücke (wegen der Mißstände bei städt. ZwVerw. namentlich unter den Kriegsverhältnissen vgl. Nußbaums Schrift, vor §§ 1 ff.). Es empfiehlt sich, bei größeren landw. ZwVerw. von Beginn an einen Sachverständigen zuzuziehen, namentlich bei langer Dauer (§ 153 Abs. 1). Solange sich der Verwalter noch nicht bewährt hat, ist vierteljährliche Rechnungslegung nützlich (§ 154 S. 2). Auch für ländl. Bezirke sind ZwVerw-Inspektoren zu bestellen.

2. Fraenkel, DJZ. 17, 895 erklärt Sequestration von Grundstücken bei bestehender ZwVerw. für zulässig. Beide Maßregeln verfolgen andere Zwecke. Auch rein tatsächlich

ist die Sequestr. neben der ZwVerw. möglich. Erstere hat die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes des Grundstücks zum Ziel. Der ZwVerwalter ist in dessen mittelbarem Besitz. Ebenso wie mittelbarer Besitz neben unmittelbarem bestehen kann (§§ 868ff. BGB.), ist die Sequestr. neben der ZwVerw. ohne Kollision möglich.

3. Rostock 1. 5. 16, OLG. 35, 188. Gegen den Eigenbesitzer, der widerspricht, kann die ZwVerw. nur auf Grund eines gegen ihn selbst erwirkten Titels durchgeführt werden. Die Duldungsklage gegen den Eigenbesitzer aus vollstreckbarer Urkunde wird nicht dadurch unzulässig, daß der Bekl. zurzeit den unmittelbaren Eigenbesitz nicht mehr hat (Jäckel-Güthe, ZVG. zu § 150 Anm. 7).

4. Hamburg 7. 3. 17, JW. 17, 741 (Anm. Stillschweig), OLG. 35, 202. Ein Wohnungsrecht hindert nicht die Durchführung der ZwVerst. Seine Eintragung hat lediglich die Wirkung, daß es bei der Verteilung des Erlöses mit seinem Geldwerte zu berücksichtigen war, und zwar gemäß § 879 BGB. hinter allen denjenigen Belastungen, die — wie die Hypothek des Kl. — zeitlich früher eingetragen waren. Was die Hinderung des Kl. bei der ZwVerw. durch das Wohnungsrecht betrifft, so genügt die Einschränkung bei Zulassung des kl. Beitritts, daß das Wohnungsrecht der Bekl. „durch diese ZwVerw. nicht berührt" werde, um dem Kl. einen Anspruch auf Duldung der ZwVollstr. zu gewähren. Er braucht nicht erst im einzelnen darzulegen, daß und inwiefern er ein Interesse daran hat, das Wohnungsrecht zu beseitigen.

5. Dresden 3. 2. 17, BürBl. 17, 218, OLG. 35, 188, SächsRpflA. 17, 310. Nach Anordnung der ZwVerw. besteht auch für Hypothekengläubiger, die weder das Verfahren betreiben noch ihm beigetreten sind, kein Schutzbedürfnis nach § 935 ZPO., weil sie doch tatsächlich allen HypGläubigern insofern zugute kommt, als sie mit der Wirkung eines Veräußerungsverbots für den Gläubiger ausgestattet ist und dem Schuldner Verwaltung, Benutzung und selbst die Möglichkeit entzieht, über bewegliche Sachen innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dem Gläubiger gegenüber wirksam zu verfügen.

§§ 148, 152.

RG. 1. 11. 16; 89, 177, LeipzZ. 17, 259. Der Gläubiger eines Miteigentümers eines vermieteten, unter ZwVerw. stehenden Hauses kann nicht schlechthin den dem Anteil seines Schuldners entsprechenden Teil der Mietzinsen pfänden und sich überweisen lassen. Vgl. §§ 535, 741, 743 BGB.

§ 148.

1. Hamburg 21. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 107. Die zwar in die Zeit der ersten ZwVerw. fallenden Mietsabtretungsverträge sind darum nicht schlechthin nichtig, sondern nur relativ unwirksam, nämlich dem betreibenden Gläubiger und dem ZwVerwalter gegenüber. Im übrigen aber sind die Verträge unter den Vertragsparteien durchaus gültig und erlangen daher mit Beendigung der ZwVerw. ihre dingliche Wirksamkeit ohne weiteres wieder.

2. LG. II Berlin 22. 5. 17, KGBl. 17, 67. Die von den Gemeinden an Angehörige der Kriegsteilnehmer gewährten Mietbeihilfen gehören zur ImmobiliarZwVollstr-Masse. Sie sind insoweit nicht anders zu behandeln als gewöhnliche Mietforderungen.

§ 149.

KG. 30. 4. 17, LeipZ. 17, 1285, ZfdJustSekr. 17, 136. Nur das VollstreckungsG. entscheidet darüber, welche Räume dem Schuldner zu belassen sind. Dem Prozeßrichter ist die Frage, welche Haus-, Hof- und Gartenräume dem Schuldner zu belassen sind, entzogen (übereinstimmend § 3 Allg. Verf. d. PrJustM. v. 8. 12. 99). Hier handelt es sich um eine Frage der Zweckmäßigkeit, nicht um Rechtsfragen. Letzteres gilt für den Fall des § 93.

§ 152.

1. **RG.** 1. 11. 16, BayRpflZ. 17, 86, LeipzZ. 17, 194 (s. JDR. 15 § 152 Ziff. 6). Es ist die Aufgabe des Verwalters, den verwalteten Grundbesitz in seinem wirtschaftl.

Bestande zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen (ZVG. § 152). Dazu gehört bei Gütern, die als Ganzes für längere Zeit verpachtet zu werden pflegen, auch diese Verpachtung. Der Verwalter handelte daher im Rahmen seiner Befugnisse, wenn auch der Pachtvertrag sich über die Dauer der Verwaltung hinauserstreckte. Da erfahrungsgemäß für derartige Güter Pächter für wenige Jahre nicht zu finden sind, so ist auch nicht abzusehen, inwiefern der Verwalter hier hätte anders handeln sollen. Selbst wenn aber eine Pflichtwidrigkeit vorgekommen wäre, würde das nur die Verantwortung des Verwalters gegenüber den Beteiligten (ZVG. § 154) begründen, die Wirksamkeit des Vertrages gegenüber dem anderen Vertragsteil aber unberührt lassen. Das gleiche würde gelten, wenn der Verwalter die Vorschriften für seine Geschäftsführung, z. B. die auf Grund des § 14 EGZVG. erlassene Allg. Verf. v. 7. 12. 99 (Pr. JMBl. 790) nicht beachtet haben sollte.

2. **RG.** 16. 6. 17, LeipzZ. 17, 1060. Der ZwVerwalter eines Hotels, der das Eigentum des Lieferanten (Kl.) an den Beleuchtungskörpern, weil sie wesentliche Bestandteile des Hotelgrundstücks geworden seien (was nicht zutrifft), in Abrede stellt und die Beleuchtungskörper als von der Beschlagnahme ergriffene Sachen zur ZwVerwMasse ziehen will, ist hinsichtlich des Streites, ob die Körper zur Masse gehören, der rechte Bekl. (Gruchots Beitr. 55, 682, JW. 15, 1033). Er ist zur Herausgabe verpflichtet, da die Körper nur zufolge Leihe bis auf Widerruf des Kl. sich auf dem unter seiner ZwVerw. stehenden Grundstück befinden. (Näheres oben Ziff. 3 zu §§ 93, 94 BGB.)

3. Hamburg 21. 12. 16, HansGZ. 17 Bbl. 107. Dem ZwVerwalter als solchem steht ein Anfechtungsrecht (hinsichtlich einer Mietsabtretung des Eigentümers wegen Benachteiligung der Hypothekengläubiger) überhaupt nicht zu.

4. Rostock 25. 1. 17, OLG. 35, 203. Der seines Amtes entlassene, der abgesetzte, Verwalter kann nicht einen während seiner Amtstätigkeit anhängig gemachten Rechtsstreit als Kl. oder Bekl. fortführen. Etwas Anderes ist die Fortführung von Prozessen zur Erledigung des dem Verw. übertragenen Pflichtenkreises, obwohl sein Amt streitlos beendet ist (**RG.** 53, 264; 59, 89).

5. LG. Karlsruhe 8. 4. 14, BuschsZ. 46, 215. Die Verlegung der Wirtschaftskonzession wird durch die ZwVerw. nicht gehindert.

§ 154.

S. § 152.

§§ 155 ff.

1. Hoeniger, DNotV. 17, 17 behandelt auch die ZwVerwaltung nach Abtretung der Zinsrückstandshypothek. Nach § 155 Abs. 2 dürfen vom ZwVerwalter aus den Nutzungen des Grundstücks zunächst nur die laufenden HypZinsen bezahlt werden. Die Zahlung rückständiger HypZinsen kann nur im Verteilungsverfahren nach §§ 156 Abs. 2 ff. erfolgen. Eine unmittelbare Gefährdung der Rückstandshyp. durch Ausbringung der ZwVerw. ist nicht gegeben. Die Rangstellung nach § 10 Ziff. 4 bleibt der Rückstandshyp. nunmehr während der ganzen Dauer der ZwVerw. und für eine etwa sich anschließende ZwVerst. gewahrt. Von dem Zeitpunkt der Beschlagnahme rückwärts rechnet aber gemäß § 13 die Zweijahresfrist, die die Rangstellung der abgetretenen Rückstandshyp. sichert. Der Zeitablauf ist der Rückstandshyp. unschädlich. Dies gilt aber nur, solange die Beschlagnahme dauert. Fällt sie fort, so beginnt für die Zweijahresfrist eine neue Rechnung. Die Rückstandshyp. läuft daher bei plötzlicher Aufhebung der ZwVerw. Gefahr, von der Rangstellung der Ziff. 4 in die der Ziff. 8 des § 10 zurückgedrängt zu werden. Dem kann aber der Gläubiger der abgetretenen Rückstandshyp. leicht begegnen. Er braucht nur der einmal ausgebrachten ZwVerw. als betreibender Gläubiger beizutreten, dann kann das Verfahren ohne seinen Willen nicht wieder aufgehoben werden. §§ 161: 27 Abs. 2.

2. AG. Halle 15. 5. 17, Naumburg AK. 17, 48. Öffentliche Lasten (Anliegerbeitrag) genießen im ZwVerwVerf. kein Vorrecht.

3. S. auch §§ 10 ff. II B.

§ 157.

1. Zenker, JW. 17, 652 vertritt unter Bezugnahme auf § 157 Abs. 1 S. 2 die Ansicht, daß der z. Zt. des Fälligwerdens des Zinsbetrags einer nachstehenden Hypothek vorhandene Überschuß zur Zahlung der fälligen Zinsen der nachstehenden Hyp. zu verwenden und nicht zur Sicherstellung der später fällig werdenden Zinsen einer vorgehenden Hyp. zurückzubehalten ist. Dagegen

2. Kretzschmar, JW. 17, 762, der mit der herrsch. Ansicht Reihenfolge nach dem Range der Ansprüche annimmt.

Vgl. auch oben §§ 10ff.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 180.

Karlsruhe 26. 2. 16, BadRpr. 17, 155. Einwendung gegen eine zur Aufhebung einer Gemeinschaft angeordnete Versteigerung.

Konkursordnung.

Schrifttum: Geib, Die Gläubigeranfechtung und § 864 Abs. 2 ZPO. AZivPr. 115, 58ff. — Jäger, Die Neuordnung der Geschäftsaufsicht, JW. 17, 261ff. — Derselbe, Absonderung und Zwangsvergleich, LeipzZ. 17, 520ff. — König, Wie sind Klagantrag und Urteilsspruch zu fassen, wenn die Bestellung einer Hypothek außerhalb des Konkursverfahrens angefochten wird? SächsRpflA. 17, 361ff. — Kurlbaum, Prozeßkosten im Konkurse, LeipzZ. 17, 632ff., 705ff. — Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, RheinZ. 9, 32ff. — Schneider, Wiederaufnahme und Prozeßkosten bei Nachlaßkonkurs, LeipzZ. 17, 583ff. — Siber, Die Prozeßführung des Vermögensverwalters nach dem deutschen BGB., Leipzig 1917. — Wolf, Kann ein Hypothekengläubiger während des Konkursverfahrens auf Grund einer vollstreckbaren Tabellausfertigung die abgesonderte Befriedigung betreiben? BayRpflZ. 17, 381ff.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1.

I. Umfang der Masse.

1. Bedingte Ansprüche. Mäklerlohn. München 30. 1. (15. 2.) 17, LeipzZ. 17, 1015, OLG. 35, 244. Ob ein Erwerb vor oder nach der KonkEröffn. gemacht ist, bestimmt sich nicht nach dem tatsächl. Zufallen des Erwerbes, sondern lediglich nach dem Zeitpunkt, in dem der Rechtsgrund des Erwerbes entstanden ist (**RG.** 52, 51, Jäger § 1 Anm. 54). Aufschiebend bedingte Ansprüche gehören daher zur KonkMasse, auch wenn die Bedingung erst nach der KonkEröffn. eintritt, wie umgekehrt auch eine aufschiebend bedingte Verbindlichkeit des GemSch. zu ihr gehört (§ 67 KO., Jäger § 1 Anm. 57). Was von der Vertragsbedingung gilt, gilt auch von der Rechts- und der Potestativbedingung. Die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohnes ist bedingt dadurch, daß der Mäkler den in Aussicht genommenen Erfolg herbeiführt. Es handelt sich um die doppelte aufschiebende Bedingung, daß der angestrebte Vertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen ist. Die Lohnzusage erfolgt unter der rein potestativen Rechtsbedingung des Abschlusses mit einem Dritten. Demnach kann es auch beim Erwerbe der Mäklerlohnforderung jedenfalls nicht darauf ankommen, wann die Potestativbedingung des Abschlusses des angestrebten Vertrags eingetreten ist; die Forderung auf Mäklerlohn entsteht vielmehr beim Zustandekommen des Mäklervertrags selbst. — Wird die Tätigkeit des Mäklers vor der KonkEröffn. beendet, so gehört der Anspruch auf den Lohn bei der Eröffnung bereits zu

seinem Vermögen, mag auch der Abschluß des vermittelten Vertrages erst später erfolgen. Stand z. Z. der Eröffnung nur die Einigung der Vertragsteile und die Beurk. des Vertrages aus, so war der Erwerb für die Masse schon entstanden.

2. Als Treugut weggegebenes Vermögen. **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 2090. Ein vom GemSch. zu treuen Händen übereigneter Gegenst. gehört materiell weiter zu seinem Vermögen und ist Bestandteil der Masse. Deshalb ist § 64 KO. anwendbar, wenn ein Gläubiger abgesonderte Befriedigung aus einem solchen Gegenstand verlangt.

3. Sparversicherungen. a) Schiedsspruch von Jäger v. 17. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 2. Sparversicherungen, die ein Vater zwecks Ausstattung seiner Kinder genommen hat, ohne diesen ein unentziehbares Recht darauf einzuräumen, gehören zum Vermögen des Vaters und fallen in seine KonkMasse. Es macht keinen Unterschied, ob das Kind in erster Linie in der Police als bezugsberechtigt bezeichnet ist, dem Vater aber ein Widerruf der Benennung zusteht, oder ob dieser zunächst sich selbst und erst bei seinem Tode das Kind als bezugsberechtigt bezeichnet hat. Im letzteren Fall hat das Kind ein eigenes Bezugsrecht überhaupt noch nicht erworben. Im anderen Fall scheint der Zweck der Versorgung des Kindes gegen die freie Widerruflichkeit der Bezugsberechtigung zu sprechen. Aber der Umstand, daß der Vater sich auf eine Reihe von Jahren Lasten aufgebürdet hat, nötigt zu der Annahme, daß er sich dabei eine durch den Wandel der Verhältnisse gebotene anderweite Verfügung, auch die Verwendung zu eigenen Gunsten hat vorbehalten wollen. Dies wird auch durch die Versicherungsbedingungen belegt. Die Widerrufsbefugnis ist pfändbar und unterliegt dem KonkBeschlag. Der Verw. hat daher die Verfügung über den Versicherungswert, den er durch Rückkauf oder entgeltl. Abtretung verwerten kann.

b) Jäger, LeipzZ. 17, 36f., vgl. oben Ziff. 1 zu § 166 VersVG.

4. Einzelfälle. a) **RG.** 25. 11. 16, R. 17 Nr. 112. Zur KonkMasse gehört auch ein Schadensersatzanspruch, der während des KonkVerf. als Ersatz für ein verloren gegangenes Vermögensstück der Masse entsteht (**RG.** 78, 188).

b) **RG.** 11. 12. 16; 89, 237, JW. 17, 226, R. 17 Nr. 286. Zur KonkMasse gehört auch die Ersatzforderung auf Erstattung von Vermögenswerten, die der Masse durch das schuldhafte Verhalten eines anderen — Aufsichtsperson bei vorangegangener Geschäftsaufsicht — entzogen sind.

c) **RG.** 29. 3. 17, DJZ. 17, 521, R. 17 Nr. 1148, WarnE. 17, 348. Der GemSch. hatte zusammen mit seinen Geschwistern auf der einen Seite und seinen Eltern auf der anderen Seite unter der Herrschaft des ALR. einen Vertrag geschlossen, durch welchen die Eltern zum Zwecke der Zuwendung des väterl. und mütterl. Erbteils ihr gesamtes gütergemeinschaftlich besessenes Vermögen den Kindern zum vollen Eigentum übertrugen. Das Vermögen bestand im wesentlichen in der Teilhaberschaft an einer mit einem Bruder des Vaters betriebenen off. HG. Die Übertragung sollte nicht zur Folge haben, daß die Kinder in die Ges. eintraten, vielmehr blieben dem Vater die handelsgesellschaftl. Vertretungsrechte vorbehalten, ferner die lebenslängl. ausschließl. Dispositionsbefugnis, die Verwaltung und der kautionsfreie Nießbrauch. An die Kinder erfolgte die Übertragung gesamtgemeinschaftlich. Das Recht des GemSch. aus diesem Vertrage gehört zur KonkMasse. Jedem der Kinder steht hinsichtlich der bei der Auflösung der off. HG. übrig bleibenden Gemeinschaftsmasse ein Anspruch auf Teilung und Auskehrung des Überschusses zu ¼ gegen die Geschwister zu. Dieses Recht ist durch den Tod des Vaters auflösend bedingt, aber veräußerlich. Der Anspruch auf Teilung und Auskehrung ist nicht eine künftige Forderung. Betagte und auflösend bedingte Forderungen gehören wie zur Passivmasse (§§ 65, 67 KO.), so auch zur Aktivmasse. Schwierigkeiten bei der ZwVollstr. sind mit Hilfe der §§ 844, 857 ZPO. zu lösen; die unmittelbare Verwertbarkeit ist nicht Voraussetzung der Massezugehörigkeit. Nur die Unmöglichkeit der Verwertung schließt die Zugehörigkeit aus. Die Gefahr, daß bei der Verwertung der Erlös zu dem Wert in Mißverhältnis steht, kann als Ausnahme von der gesetzlichen Regel, daß das gesamte Vermögen der ZwVollstr.

unterliegt, nur bei ausdrückl. gesetzl. Bestimmung beachtet werden. Ausdehnungen der Ausnahme sind unzulässig.

d) **RG.** 18. 11. 16; 89, 114, LeipzZ. 17, 264. Der auf ein Patent gestützte Unterlassungsanspruch des Kl. hatte die Bedeutung, daß bei Verurteilung des Bekl. dessen auf ein jüngeres Patent gegründetes Lizenzrecht — indem das jüngere Patent als von dem Klagepatent abhängig angesehen wurde — durch den Schutzbereich des Klagepatents beschränkt wurde. Daher betrifft das Prozeßverfahren unmittelbar die KonkMasse des Bekl. (§ 240 ZPO.).

§ 3.

Konkursforderung.

1. Anspruch auf Rechnungslegung. Hamburg 29. 5. 14, OLG. 35, 244. Ein bei KonkEröffn. anhängiger Prozeß eines Agenten auf Auskunftserteilung kann gegen den KonkVerwalter nicht weiter verfolgt werden (anders, wenn er sich schon in einen Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung verwandelt hätte), ebensowenig wie ein anderer sich auf die Person des GemSch. beziehender Anspruch. Der Verwalter kann den Gl. an den GemSch. verweisen, da dieser zur Auskunftserteilung imstande bleibt. Wird der Verw. unzulässigerweise zur Aufnahme des Verf. geladen, so ist dies durch Urteil zurückzuweisen. (Vgl. JDR. 16 zu § 3, 1.)

2. Abs. 2. Celle 31. 10. 16, LeipzZ. 17, 290. Liegt schlechthin der Tatbestand der Anf. vor, so kann aus ihm kein Anspruch aus § 826 BGB. abgeleitet werden. Dies ist aber möglich, wenn zu diesem Tatbest. andere Umstände hinzutreten, die für die Anfechtbarkeit keine notw. Voraussetzung bilden (**RG.** 74, 224). Das ist der Fall, wenn ein unehelicher Vater sein Vermögen auf seine Mutter verschiebt, um sich seinen Unterhaltspflichten zu entziehen. Die Unterhaltsansprüche des Kindes können im Konk. der Mutter unter dem Gesichtspunkte des § 826 BGB. in voller Höhe auch für die Zukunft geltend gemacht werden. Sie unterliegen nicht der besonderen Regelung des § 3 Abs. 2 KO., sondern den §§ 65, 69, 70 KO. (vgl. Jäger § 3 Anm. 43).

3. Über die Frage, wann Prozeßkosten KonkForderungen oder Masseschulden sind, vgl. zu § 59, 1.

§§ 6, 82.

Regreßanspruch gegen Aufsichtsperson und früheren Verwalter.

RG. 11. 12. 16; 89, 237, JW. 17, 226. Die Aufsichtsperson in der Geschäftsaufsicht ist i. S. der §§ 82 KO., 6 AufsVO. den Gln. für die Erfüllung ihrer Obliegenheiten verantwortlich. Nach Eröffn. des KonkVerf. ist der Verw. berufen, diesen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Auf die Rechtsstellung des Verw. im allg. kommt es dabei nicht an. Es handelt sich jedenfalls um Erstattung von Vermögenswerten, die der Masse durch das Verhalten der Aufsichtsperson entzogen sind. Diese Ersatzforderung gehört zur Masse (**RG.** 78, 188). Der Fall liegt ähnlich wie bei der Anfechtung. Der Verw. steht der Aufsichtsperson so gegenüber wie der neuernannte Verw. im Konk. dem entlassenen gegenüber (**RG.**, GruchotsBeitr. 31, 1129, LeipzZ. 12, 689).

§ 6.

Stellung des Konkursverwalters.

1. Allgemeines. a) Siber, 22, 29, 64, 65; einige allg. Ausführungen über die Stellung des KonkVerw., die Neues nicht enthalten.

b) Über die Stellung des NachlaßkonkVerwalters vgl. zu § 214.

c) München 19. 2. 17, LeipzZ. 17, 935. Der KonkVerw. wird, ähnlich wie es bei dem TestVollstr. im Verhältnisse zu dem Erben der Fall ist, bei der Verwaltung der Masse nicht als Vertreter des GemSch., sondern in Ausübung eines ihm gesetzl. übertr. Amtes kraft eigener Machtbefugnis tätig, und zwar so, daß seine Handlungen auf die Rechte und Verbindlichkeiten des GemSch. rechtlich einwirken. Aus der dem Verwalter zuerkannten Partei-

stellung folgt aber, daß der im Prozeß unterliegende Verwalter zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurteilt wird und daß er, wenn ein von ihm geschlossenes Geschäft der Kosten- und Stempelschuld unterliegt, in Ansehung der Kosten und Stempel als zahlungspflichtig zu gelten hat (Heinitz, Preuß. StempG. (3) 124 Anm. II A 2d). Danach kann es auch auf die Zahlungspflicht des Verwalters als solche keinen Einfluß üben, daß infolge der späterhin eingetretenen Beendigung des KonkVerfahrens eine Masse, der die Mittel zur Zahlung entnommen werden könnten, nicht mehr vorhanden ist.

2. Einzelnes. LG. Leipzig 6. 10. 16, LeipzZ. 17, 84. Ist der KonkVerw. ohne Fahrlässigkeit im ungewissen, wer von mehreren Berechtigten, die einen Aussonderungsanspruch erheben, der wirkliche Berechtigte ist, so kann er entspr. einer Hinterlegung die Sache unter Ausschluß jeden Anspruchs seinerseits dem Gewahrsam eines Dritten anvertrauen und den Anspruchserhebenden unter Mitteilung dieser Tatsache die Austragung ihrer Rechte untereinander überlassen. Transport- und Lagerkosten treffen dann die Masse nicht.

§ 7.

Dresden 22. 6. 15, JDR. 14 zu § 7, 1d auch OLG. 35, 269.

§ 8.

RG. 2. 4. 17, BayRpflZ. 17, 288, LeipzZ. 17, 1329. Durch den mit der KonkEröffn. verbundenen Arrest wird allen Personen die Verpflichtung auferlegt, das dem GemSch. zu Leistende nicht an diesen, sondern zur KonkMasse an den Verwalter abzuführen (§ 118 und § 8 KO.). Dieser Vorschrift ist auch der ausl. Schuldner insoweit unterworfen, als die Leistung innerhalb der Grenzen des deutschen Staatsgebietes im Bereiche der inl. ZwVollstrGewalt bewirkt wird, ohne daß es darauf ankommt, ob der Erfüllungsort im Inland oder im Ausland belegen ist, ob die Forderung des inländ. GemSch. zu dem inl. Vermögen zu rechnen ist (vgl. hierüber **RG.**, JW. 00, 588; andererseits Meili, Intern. KonkRecht § 26 II 3, 89; Kohler, KonkRecht § 112 Anm. 4). Hat der Leistende in Kenntnis der Eröffn. des KonkVerf. die Leistung im Inlande dem GemSch. zugeführt, so wird er der KonkMasse gegenüber, soweit das Geleistete nicht in deren Besitz gekommen ist, von seiner Verbindlichkeit nicht befreit, sondern ist zur nochmaligen Leistung verpflichtet.

§ 10.

I. Prozeßkosten im Konkurse.

Kurlbaum, LeipzZ. 17, 632ff., 705ff. 1. Prozeßkosten, wegen deren ein rechtskr. Kostenurteil ergangen ist und die bei der KonkEröffnung über das Vermögen des Kostenschuldners noch nicht bezahlt sind, können wie jede andere Forderung angemeldet werden. Sie werden mit der Hauptforderung an derselben Stelle angesetzt. Besteht eine KonkForderung in der Hauptsache überhaupt nicht, so kommt der rechtskr. Kostenentscheidung eine selbständige Bedeutung zu, sie gewährt eine Forderung nach § 3 KO. 2. Liegt zur Zeit der KonkEröffnung eine rechtskr. Kostenentscheidung noch nicht vor, so ist zu unterscheiden, ob der Rechtsstreit die Masse betrifft oder nicht. Im zweiten Fall wird der Prozeß durch den Konk. nicht berührt, er wird mit dem GemSch. zu Ende geführt. Diese Kostenforderung kann im Konk. nicht geltend gemacht werden. Der Verw. kann in einen die Masse nicht btr. Rechtsstreit nicht eingreifen und ein Prozeß über die Kostenfrage allein kann zwischen Verw. und Gläubiger nicht geführt werden. Der Prozeßrichter hat auch ohne Antrag der Parteien im Hauptprozeß die Partei in die Kosten zu verurteilen, welche in der Hauptsache verliert. Der Kostenanspruch ist von dem Anspruch in der Hauptsache abhängig. 3. Betrifft der Rechtsstreit die KonkMasse, so wird er durch die KonkEröffn. unterbrochen.

a) Bei Prozessen über KonkForderungen muß vor der Aufnahme des Prozesses die Anmeldung zum Konk. erfolgen. Der Gl. hat also einen Anspruch auf Kostenerstattung schon vor Erlaß des Urteils, welches dem unterliegenden Teil die Kosten auferlegt. Es ist Pflicht des Verw., diesen Anspruch unbestritten zu lassen, wenn er sich in den gesetzl.

Grenzen hält und wenn nicht etwa die Hauptforderung bestritten wird. Wird der Kostenanspruch mit dem Hauptanspruch zusammen oder für sich allein bestritten, so muß er im Prozeß weiter verfolgt werden. Verliert der Verw., so hat er sämtliche Kosten zu tragen, mögen sie vor oder nach der KonkEröffnung entstanden sein, und zwar als Masseschuld (§ 59 Nr. 1 KO.). Wird der unterbrochene Prozeß zwischen dem Gl. und einem anderen widersprechenden Gl. weitergeführt, so hat dieser als Unterliegender die ganzen Kosten zu tragen. Der anmeldende Gl. behält aber daneben seinen Anspruch auf anteilige Befriedigung, der bis zur KonkEröffn. ihm erwachsenen Kosten aus der Masse. b) Für Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den GemSch. anhängig und auf Aussonderung oder Absonderung, auf Erfüllung zweiseitiger Verträge oder auf Bereicherung gegründet sind, ist in § 11 KO. besonders bestimmt, daß die Prozeßkosten bei sofortigem Anerkenntnis der Masse nicht zur Last fallen. Dagegen können die vor KonkEröffn. erwachsenden Kosten als KonkForderung angemeldet werden. Bei Anerkenntnis des Verw. ergeht zwar auch gegen ihn ein Kostenurteil, dieses kann aber nicht gegen die Masse vollstreckt werden. Durch dieses Urteil ist über den Grund der Kostenforderung entschieden, für den Prüfungstermin bleibt nur die Auseinandersetzung über die Höhe übrig, die im KostenfestsVerf. erledigt werden kann. Geht der Prüfungstermin dem Verhandlungstermin voraus, so muß der Verw. schon jetzt den Anspruch anerkennen, wenn er sich auf § 11 Abs. 2 berufen will. c) Bei Prozessen, welche vom Verwalter angestrengt oder aufgenommen werden, muß für die Kosten für den Fall des Unterliegens Vorsorge getroffen werden. AnfProzesse werden nach herrsch. Meinung durch die KonkBeendigung gegenstandslos und müssen wegen der Kosten von dem AnfGegner gegen den GemSch. weitergeführt werden. Die Kosten beruhen auf Handlungen des Verw., der künftige Erstattungsanspruch muß daher von ihm gemäß § 191 Abs. 2 Nr. 2, § 205 sichergestellt werden. d) Bei den sog. Aktivprozessen des § 10 KO. hat der Verwalter zu entscheiden, ob er den Vermögensbestandteil aus der Masse freigeben und dem GemSch. zur freien Verfügung überlassen will. Nimmt er den Prozeß auf, auch nur, um die Klage zurückzunehmen, so muß er die Kosten voll aus der Masse zahlen. Lehnt er die Aufnahme des Prozesses ab, so können die Kosten, auch soweit sie dem Gegner bis zur KonkEröffnung erwachsen sind, nicht im Konk. geltend gemacht werden.

4. Für die Kostenforderung im Nachlaßkonk. gilt folgendes:

a) Ist die Hauptforderung eine KonkForderung, so folgt die Kostenforderung ihrem Schicksal, sie wird angemeldet und entw. festgestellt, konkursgemäß befriedigt, oder, im aufgenommenen Prozeß erstritten, als Masseforderung erhoben. Zur Anmeldung berechtigt sind alle bis zur KonkEröffn. entstandenen Kosten, auch wenn inzwischen der Erbe den Prozeß aufgenommen hatte; es folgt dies aus der Abhängigkeit der Kostenforderung von der Hauptforderung.

Ist die Hauptforderung keine KonkForderung, so ist eine Anmeldung der Kosten im Konk. nicht statthaft, der Gl. braucht sich auch nicht an die Masse zu halten, ihm steht allein der Erbe gegenüber, der dann aber seinerseits die Aufwendungen aus der Masse fordern darf.

b) Schwebt ein Passivprozeß gemäß § 11 KO., so unterscheidet sich die Erledigung in nichts von der im gewöhnlichen Konk.

c) Aktivprozesse werden entweder vom Verw. aufgenommen, dem, wenn er den Prozeß verliert, die Kosten als Masseschulden zur Last fallen, oder sie müssen, wenn der Verw. die Aufnahme ablehnt, vom Erben fortgeführt werden. Der Gl. kann sich an den Nachlaßkonk. seiner Kosten wegen ebensowenig halten, wie dies im gewöhnlichen Konk. der Fall sein würde.

d) Auch im Nachlaßkonk. können vom Verw. AnfProzesse geführt werden und noch schweben, wenn der Konkurs infolge von ZwVergl. oder wegen Mangels an Masse aufgehoben wird. Es hat dann auch hier der GemSch., d. h. der Erbe, an Stelle des Verw. wegen der Kosten des Rechtsstreits in den Prozeß einzutreten und die Kosten treffen auch ihn persönlich. Kein Zweifel kann sein, daß er Erstattung auch dieser Kosten aus dem Nachlaß

fordern kann, für den allein die AnfKlage erhoben worden war. Der Verw. hat also die Pflicht, vor der Verteilung der Masse aus ihr einen Betrag sicherzustellen, der nicht nur die bis zur Aufhebung des Konk. entstandenen, sondern alle voraussichtl. Kosten des Rechtsstreits deckt. Reicht die Masse nur zur anteiligen Befriedigung der Massegl., so bleibt der Ausfall an dem Erben haften, der sich möglicherweise nach § 82 KO. an den Verw. halten kann.

II. Pflicht des Verwalters zur Prozeßaufnahme.

Schneider, LeipzZ. 17, 583ff. teilt folgenden Fall mit: A. verfolgt gegen die Staatseisenbahn sein Recht auf eine höhere Enteignungsentschädigung. A. stirbt während des Prozesses, auf Antrag des Erben wird Nachlaßkonk. verhängt. Die Behörde will den Prozeß, auch der Kosten wegen, zu Ende bringen. Der KonkVerw. lehnt die Aufnahme nach § 10 Abs. 2 KO. ab, da er den Anspruch für aussichtslos hält. Der Erbe steht auf dem gleichen Standpunkte. Die Anwendbarkeit des § 10 KO. unterliegt keinem Bedenken. Nach herrsch. Meinung müßte sich der Erbe dem Gegner vor Gericht stellen (vgl. Jäger § 10 Anm. 31, Wilmowski-Kurlbaum § 10 Anm. 12), Verf. verneint dies. Der Erbe wird durch § 1975 BGB. geschützt, wonach die Erbenhaftung bei Eröffnung des Nachlaßkonk. sich auf den Nachlaß beschränkt. Der Nachlaß ist aber nicht in seiner Hand; und anders als der GemSch. sonst, braucht sich der Erbe nicht auf eine Feststellung seiner Kostenpflicht, auch nicht auf eine bis zur Rechtskraft durchzuführende Feststellung des streitigen Nachlaßanspruchs selbst einzulassen. Der Erbe könnte zwar den Schwierigkeiten in der Hauptsache durch Klagerücknahme entgehen. Aber es entstehen dadurch zunächst neue Kosten und die alten würden ihm jedenfalls zur Last fallen. Der Verw. darf unter solchen Umständen die Aufnahme nicht ablehnen. Bei dem Widerspruch zwischen § 1975 BGB. und § 10 Abs. 2 KO. muß der letztere weichen.

III. Stuttgart 9. 2. 17, R. 17 Nr. 712. Klagt der Kommanditist gegen die KomGes. und die persönl. haftenden Gesellschafter auf Anerkennung, daß er nie rechtsgültig Kommanditist geworden sei, so betrifft der Rechtsstreit auch die KonkMasse jedes Ges. und dies zeigt sich besonders darin, daß die bekl. Ges. im Fall des Bestehens des KomVerhältnisses die Beträge, die sie vor der Einlage des Kl. zurückerstattet hat, wieder einzufordern berechtigt wäre; letzteres käme mittelbar auch dem zur KonkMasse des Sch. gehörigen Vermögen zugute. Der KonkVerw. kann daher den Rechtsstreit aufnehmen.

§ 11.

1. Haftung für Prozeßkosten. Dresden 9. 8. 16, vgl. oben II 7 zu § 91 ZPO.
2. Frankfurt 10. 4. 16, JDR. 15 zu § 11, 2 jetzt auch FrankfRdsch. 50, 98f.

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§ 17.

1. Erfordernisse der Erklärung des Verwalters. **RG.** 24. 11. 16, HoldheimsMSchr. 17, 149, LeipzZ. 17, 750, R. 17 Nr. 287. Fordert der Verw. gemäß § 17 ausstehende Teillieferungen mit der Erklärung, daß er nur für diese den Preis entrichten, dagegen nicht die Rückstände für die Teillieferungen vor KonkEröffn. aus der Masse zahlen wolle, so verpflichtet dieses nach dem Ges. unberechtigte Ansinnen weder den Verkäufer zur Lieferung noch den Verw. zur Zahlung (vgl. GruchotsBeitr. 56, 1074).

2. Wirkung der Erfüllungsablehnung. **RG.** 12. 5. 17, R. 17 Nr. 1500. Die Erklärung des KonkVerw., daß er den Vertrag nicht erfüllen werde, hat nur zur Folge, daß eine weitere Vertragserfüllung von keiner Seite mehr verlangt werden darf; die Rechtsbeständigkeit des Vertrages an sich bleibt dagegen unberührt (**RG.** 56, 240; 79, 211, R. 12 Nr. 1708). Die Rechtslage des Vertragsgegners gestaltet sich so, daß er seinerseits anstatt der Vertragserfüllung regelmäßig nur noch Entschädigung wegen Nichterfüllung fordern darf und daß er andererseits die in das Eigentum des GemSch. bereits übergegangene Leistung nicht mehr zurückfordern kann. Kann aber der Vertragsgegner die Auflassung

des ihm vom GemSch. verkauften und bereits übergebenen Grundstücks nicht mehr fordern, so ist er auch nicht weiter zum Besitze berechtigt; auf die Einrede der verkauften und übergebenen Sache kann er sich nicht berufen, weil durch die KonkEröffn. und die Erklärung des KonkVerw., nicht erfüllen zu wollen, eine durchaus neue Rechtslage geschaffen ist.

§§ 19, 59.

Dresden 27. 3. 17, OLG. 35, 253, SächsRpflA. 17, 389. Dem GemSch. als Mieter war eine Wohnung vor der KonkEröffn. übergeben worden. Der Verw. hat das Mietsverhältnis gekündigt. Der Vermieter verlangt Ersatz der Kosten von Wiederherstellungsarbeiten als Masseschuld. Die Rückgabepflicht gehört zu denjenigen Verpflichtungen aus dem Mietvertrage, die für die Zeit nach der Eröffnung des KonkVerfahrens erfolgen mußten und deshalb nach § 59 Ziff. 2 KO. Masseschulden sind (vgl. Jäger, KO. § 59 Anm. 7). Es wäre unrichtig, einen Unterschied zu machen zwischen den wiederkehrenden Leistungen und anderen Verpflichtungen aus dem Mietvertrage und die letzteren nicht als Masseschulden zu behandeln. Wenn auch die Vorschriften der §§ 19, 21 KO. den Bedürfnissen Rechnung tragen sollen, die sich bei „andauernden" Schuldverhältnissen ergeben (vgl. Jäger, KO. § 59 Anm. 9, § 19 Anm. 1), so folgt daraus noch nicht, daß ihre Wirkung vor solchen Verpflichtungen halt machen müßte, die sich während des Mietverh. nicht dauernd wiederholen.

§ 23.

KG. 1. 10. 15, JDR. 15 zu § 23 jetzt auch OLG. 34, 365, RJA. 15, 35.

§ 26.

RG. 12. 5. 17, R. 17 Nr. 1501—2. Die Vorschrift des § 26 besagt lediglich, daß der Vertragsgegner nicht berechtigt ist, eine in das Eigentum des GemSch. bereits übergegangene Leistung zurückzufordern. Gleiches muß aber auch von Leistungen gelten, die bereits aus dem Eigentum des GemSch. in das Eigentum des Vertragsgegners übergegangen sind. Dagegen kann der KonkVerw. ein vom GemSch. auf Grund Kaufvertrages übergebenes, aber noch nicht aufgelassenes Grundstück vom Empfänger zurückfordern. Die KO. läßt andere Zurückbehaltungsrechte als die in § 49 Nr. 3 und 4 dargestellten nicht zu (**RG.** 15, 59; 20, 136; 29, 302; 77, 438, R. 12 Nr. 374). Wegen der Schadensforderung aus § 26 KO. ist ein solches Recht nicht gegeben.

Dritter Titel. Anfechtung.

§ 29.

Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.

RG. 17. 10. 16, LeipzZ. 17, 257. Die auf GlBenachteiligung gerichteten Geschäfte sind nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Liegen nicht einmal die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit vollständig vor, so kann noch weniger von einer Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Rede sein (**RG.** 69, 145; 74, 225).

§§ 29, 49.

Anfechtungsrecht und Absonderungsrecht.

Posen 4. 10. 16, OLG. 35, 249. § 36 KO. entzieht das AnfRecht nur den einzelnen KonkGl., läßt es aber den Absonderungsberechtigten als solchen, z. B. den Pfändungs-gln., gegenüber einer anfechtbaren Übereignung unberührt (SächsRpflA. 03, 260). Schwebt z. Z. der KonkEröffn. ein Interventionsprozeß aus § 771 ZPO., so kann der bekl. Gl. trotz des Konk. die AnfEinrede aufrecht erhalten. Daneben bleibt das AnfRecht des Verw. voll bestehen, und zwar gegenüber beiden Parteien. Der Verw. kann in Einzelprozessen oder durch Hauptintervention anfechten oder nach Befriedigung der beiderseitigen Parteiansprüche den verbleibenden Übererlös zur Masse herausverlangen. Vorauss. der Anf. des Gl. ist ein wirksames Pfandrecht i. S. des § 804 ZPO. Dieses ist aber trotz des Kl.

Sicherungseigentums vorhanden, weil infolge der Anf. die Sache so anzusehen ist, als ob die Gegenst. nie aus dem Vermögen des Sch. ausgeschieden wären (Jäger, AnfG. § 13 Anm. 24).

§ 30.

I. Zahlungseinstellung.

1. **RG.** 29. 9. 16, LeipzZ. 17, 61, R. 17 Nr. 1898. Der erforderliche Zusammenhang zwischen Zahlungseinst. und KonkEröffn. ist dann als gegeben anzusehen, wenn die in der allg. Nichtbefriedigung von Gln. aus voraussichtlich nicht nur vorübergehendem Mangel an Zahlungsmitteln als Zahlungseinst. in die äußere Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit bis zur KonkEröffn. nicht wieder beseitigt worden ist. Eine solche, vom AnfGegner zu beweisende Beseitigung liegt nur dann vor, wenn der Sch. seine Zahlungen in ihrer Allgemeinheit wieder aufgenommen hat, nicht aber, wenn Gl. im Wege zwangsweisen Vorgehens ganz oder teilweise Befriedigung erhalten haben.

2. **RG.** 19. 12. 16, LeipzZ. 17, 736, R. 17 Nr. 923—27, WarnE. 17, 138. a) Liegt Zahlungsunfähigkeit vor und ist sie in die äußere Erscheinung getreten, so muß Zahlungseinst. angenommen werden, auch wenn der Sch. erklärt, er werde sich bemühen, Geld zu beschaffen (JW. 11, 724). Ein besonderes Verhalten, vor allem eine ausdrückl. Erklärung seiner Zahlungsunfähigkeit, ist nicht erforderlich.

b) Die beteiligten Geschäftskreise, von denen **RG.** 51, 412 gesprochen wird, sind alle Personen, mit denen der Sch. geschäftl. Beziehungen unterhält, nicht nur die Gl. der betreffenden Branche. Wenn in diesen Kreisen die Zahlungsunfähigkeit des Sch. bekannt geworden ist, ist sie damit auch in die äußere Erscheinung getreten.

3. **RG.** 16. 1. 17, LeipzZ. 17, 736, R. 17 Nr. 488, 489. a) Für die Feststellung der Zahlungseinst. ist das Verhältnis der bezahlten zu den unbezahlten Forderungen nicht schlechthin maßgebend. Hat ein GemSch. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt sämtliche fälligen Verbindlichkeiten von großen Beträgen voll erfüllen können, weil bis dahin die vorhandenen Zahlungsmittel ausreichten, so kann nach Erschöpfung dieser Mittel u. Umst. schon die Nichterfüllung einer einzigen weiteren Verbindlichkeit, auch von geringerem Betrage, eine Zahlungseinstellung darstellen, wenn keine Aussicht vorhanden ist, daß eine Wiederaufnahme der Zahlungen wird erfolgen können.

b) Gegen das Vorhandensein der Zahlungseinst. spricht es nicht schlechthin, daß der GemSch. auch schon früher ein lässiger Zahler war; es kommt auf den Besitz sofort greifbaren Vermögens an.

4. **RG.** 23. 1. 17, LeipzZ. 17, 737, R. 17 Nr. 490. Kassenschluß einer Sparkasse gegenüber andrängenden Gl. mit fälligen Einlagen mangels zureichender Mittel bedeutet Zahlungseinst., wenn er durch voraussichtlich dauernden Mangel an Zahlungsmitteln verursacht wird. Dem steht nicht entgegen, daß die Sparer es unterließen, durch Klage und Vollstreckungsversuche ihre Befriedigung zu erzwingen.

5. Hamburg 20. 11. 16, HansGZ. 17 Bbl. 62, LeipzZ. 17, 292. Die Zahlungseinst. ist eine Handlung, eine Kundmachung der vorhandenen Zahlungsunfähigkeit. Eine solche Kundmachung liegt nicht ohne weiteres in der Tatsache, daß der spätere GemSch. mangels bereiter Mittel seine Schulden nicht mehr bezahlt. Die erste Kundmachung geschah hier durch Mitteilung der Zahlungseinst. an den pfändenden Gerichtsvollzieher. Da dieser nach der herrsch. Meinung nicht Vertreter des Gl. ist (vgl. Jäger § 30 Anm. 21), hat der Gl. die Kenntnis erst *nach* der Pfändung erhalten.

II. Kenntnis der Zahlungseinstellung

1. *nach vorausgegangener Geschäftsaufsicht.* Jäger, JW. 17, 264. In einem Konkurse nach vorausgegangener Geschäftsaufsicht entsteht die Frage, ob der besonderen Konkursanfechtung (§ 30 KO.) auch Handlungen des Aufsichtsschuldners oder der Aufsichtsperson lediglich deshalb ausgesetzt sein sollen, weil der Erwerber, wie das die Regel sein wird, die nicht behobene Zahlungseinst. kannte. Mit Breit (JW. 15, 173f.)

ist anzunehmen, daß die Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist, weil es gerade Zweck der Geschäftsaufsicht ist, dem Schuldner trotz seiner Zahlungsunfähigkeit die Abschließung weiterer Rechtsgeschäfte zur Rettung seines Unternehmens zu ermöglichen. Die Anf. nach § 31 KO. wird hiervon nicht betroffen.

2. seitens des pfändenden Gerichtsvollziehers. **RG.** 4. 5. 17, Ziff. 3a zu § 164 BGB.

III. Benachteiligung.

1. **RG.** 20. 3. 17, JW. 17, 659, LeipzZ. 17, 1327, R. 17 Nr. 928/30. Der GemSch. hatte von drei Geschäftskunden zur Sicherheit für Darlehnsforderungen Hyp. abgetreten erhalten und sie vertragswidrig dem gutgläubigen Bekl. verpfändet. Die Kunden verlangten nach Berichtigung ihrer Schulden die Herausgabe der Hyp. Zu diesem Zwecke verlangte der GemSch. gemäß § 1223 Abs. 1 BGB. Rückgabe der Hyp. gegen Befriedigung des Bekl. Dies erfolgte zu einer Zeit, wo der GemSch., wie dem Bekl. bekannt war, seine Zahlungen bereits eingestellt hatte. Die Zahlungsleistung an den Bekl. ist nicht als Befriedigung eines KonkGl. nach § 30 Nr. 1 Halbs. 2 anzusehen. Ob ein Rechtsgeschäft i. S. des Halbs. 1 vorliegt, ist zweifelhaft, jedenfalls aber keine unmittelbare GlBenachteiligung, denn bei der Auslösung der Hyp. hat ein Austausch von gleichwertigen Leistungen stattgefunden. Unerheblich ist, ob die Einlösung in der Folge für die KonkGl. nachteilige Wirkungen hat. Wird zum Zwecke der Ausübung des Einlösungsrechts aus § 1223 BGB. eine fällige Schuld gezahlt, so liegt darin nicht eine einfache Befriedigung des Gl. i. S. des § 30 Ziff. 1 Halbs. 2 KO., sondern es handelt sich um ein auf pfandrechtl. Gebiete liegendes Rechtsgeschäft, bei dem der Zahlende als Verpfänder und der Zahlungsempfänger als absonderungsberechtigter Gläubiger beteiligt ist. Für die Frage der Anfechtbarkeit liegt der Fall dann ebenso, wie wenn ein Verpfänder, der nicht der persönl. Schuldner ist, sein Einlösungsrecht geltend macht. Ein Rechtsgeschäft stellt begriffl. eine die Beteiligung mehrerer Personen erfordernde und durch das Zusammenwirken derselben zustandekommende Rechtshandlung dar im Gegens. zu der einfachen von einer einzelnen Person ausgehenden Rechtshandlung. Hiernach ist eine Geldzahlung ein Rechtsgeschäft im gewöhnl. Sinne. Macht aber der Verpfänder von seinem Einlösungsrecht Gebrauch und nötigt er dadurch den Pfandgläubiger, die Pfandsache gegen Empfang der Zahlung herauszugeben, so stellt sich die Zahlung rechtl. als Ausfluß einer von dem Verpfänder vorgenommenen Rechtshandlung, nämlich der Geltendmachung des Einlösungsrechtes, dar und der an und für sich rechtsgeschäftl. Charakter der Zahlungsleistung tritt wesentlich in den Hintergrund.

2. **RG.** 15. 5. 17, LeipzZ. 17, 985. Der Bekl. hatte bei dem GemSch. Sachen im Verkaufswerte von mehr als 7000 M. pfänden lassen, dann aber die Pfändung als Gegenleistung für die ihm erteilte Abtretung einer Forderung aufgehoben. Da er auch ohne die Abtretung für seine Forderung von 7000 M. aus der Pfändung, wenn er sie nicht aufgehoben hätte, volle Befriedigung erlangt hätte, ist die Lage der KonkGläubiger nicht dadurch verschlimmert worden, daß an die Stelle des Pfändungspfandrechts durch die Vereinb. der Beteiligten das abgetretene Forderungsrecht gesetzt worden ist. Zwar behauptet der Kl., auch die Pfändung sei anfechtbar gewesen; er ist aber damit nicht zu hören, denn er hat sie nicht angefochten und wegen Fristversäumung läßt sich die Anfechtung auch nicht mehr durchführen. Die Meinung des Kl., die Pfändung hätte sich nach ihrer Aufhebung nicht mehr anfechten lassen, ist irrig. Sie war als Grundlage der erfolgten Abtretung mit oder neben dieser anzufechten, ebenso wie sie hätte angefochten werden können, wenn das Pfändungspfandrecht seine Erledigung dadurch gefunden hätte, daß die Pfandsachen versteigert worden wären und der Erlös dem Bekl. zugeflossen wäre.

3. **RG.** 9. 10. 17, R. 17 Nr. 2091. Eine GlBenachteiligung liegt nicht vor, wenn der Sch. einem Gl. Befriedigung dadurch verschafft hat, daß er einen Dritten anwies, an den Gl. Zahlung zu leisten.

4. Rostock 8. 6. 16, OLG. 35, 246. Die Anf. aus § 30 Nr. 1 S. 1 KO. erfordert eine unmittelbare, durch den Abschluß des Geschäftes bewirkte Benachteiligung. An dieser fehlt es, wenn für den aufgegebenen Wert ein gleichwertiges Entgelt dem GemSch. zufließt. Dessen Absicht, das Entgelt nachher einzelnen Gl. zuzuwenden, ist unerheblich, wenn er sich nicht bei dem Geschäft dazu verpflichtet.

IV. Einzelnes.

1. Inhalt der Anfechtungserklärung. Hamburg 14. 6. 17, OLG. 35, 248. Eine Aufrechnung vor KonkEröffn. kann nach § 41 KO. nur binnen Jahresfrist nach dieser angefochten werden. Die AnfErkl. kann schlüssig darin gefunden werden, daß in der Klage auf die Unzulässigkeit der Aufrechnung hingewiesen und ihre Beseitigung erstrebt wird. Die Anf. ist aus § 30 Nr. 1 und 2 zulässig.

2. Interesse an der Anfechtung. Hamburg 20. 10. 16, LeipzZ. 17, 827. Der Verw. hat ein Interesse an alsbaldiger Feststellung, daß eine anfechtbare Vollstreckung, die eine Rechtshandlung ist, gegenüber der Masse als unwirksam erklärt wird. Das gilt, auch wenn der AnfGegner selbst die Vollstr. aus formellen Gründen als unwirksam bezeichnet. Denn solange der Pfändungsbeschluß unangefochten formell zu Recht besteht, muß er als Akt der Staatshoheit beachtet werden, selbst wenn klarliegen würde, daß andere Beteiligte ihn im Wege eines Rechtsbehelfs beseitigen könnten.

3. Zu Ziff. 2. a) Inkongruente Deckung. Dresden 16. 6. 16, SächsRpflA. 17, 114. Die Rücksendung verkaufter Waren an Stelle der Bezahlung ist inkongruente Deckung i. S. des § 30 Ziff. 2 KO. (vgl. **RG.** 31, 134ff.). Die Waren wurden zum Ausgleich für die bei der Mittellosigkeit des Käufers gefährdete Kaufpreisforderung zurückgegeben; der Gl. erhielt also anderweite Deckung durch Hingabe von Waren an Zahlungsstatt.

b) Erfordernisse des Gegenbeweises. *α.* **RG.** 17. 11. 16, LeipzZ. 17, 208. Die Buchhalterin eines größeren Geschäfts war als Zeugin über den in § 30 Ziff. 2 KO. zugelassenen Gegenbeweis benannt. Das OLG. hatte die Vernehmung abgelehnt, weil die Kenntnis der Zahlungseinst. als innerer Vorgang sich der Wahrnehmung durch Dritte entziehe. RG. billigt dies; das OLG. war auch nicht verpflichtet, den AnfBekl. zu befragen, ob er in der Lage sei, bestimmte äußere Vorgänge zu behaupten, die einen Rückschluß auf die behauptete Nichtkenntnis gestatten würden.

β. Hamburg 18. 10. 16, OLG. 35, 247, SeuffA. 72, 175. Der Beweis, an den bei der Gefährlichkeit inkongruenter Deckungsgeschäfte strenge Anforderungen gestellt werden müssen, ist nicht erbracht. Wenn ein Kaufmann eine Kaufpreisforderung bereits einmal hat stunden müssen und dann der über die gestundete Schuld ausgestellte Wechsel nicht eingelöst wird, so muß er mit der nahen Möglichkeit rechnen, daß diese Nichteinlösung auf einer Zahlungseinst. des Sch. beruht, und ist darlegungspflichtig für die Umstände, die ihm die Überzeugung verschafft haben, daß gleichwohl in diesem besonderen Fall eine Zahlungseinst. nicht vorlag. Dazu genügt nicht die Anstellung irgendwelcher Nachfragen beim Sch. und oberflächl. anderer Erkundigungen; der Gl. muß vielmehr so ernstliche Bemühungen dartun, sich über die Lage des Sch. Klarheit zu verschaffen, wie man billigerweise von einem redlichen, sorgfältigen Kaufmann verlangen kann.

§ 31.

1. Benachteiligung. Colmar 31. 1. 16, ElsLothJZ. 17, 22. Wenn die Ehefrau nach § 1391 Abs. 2 BGB. Sicherstellung verlangen kann, so liegt in der Bestellung einer Hyp. am Hause des Mannes eine Erfüllung seiner Rechtspflicht, die unanfechtbar ist. Das Bewußtsein, daß dadurch die anderen, nicht sicherungsberechtigten Gl. benachteiligt werden, genügt nicht zur Annahme der Benachteiligungsabsicht nach § 31 Ziff. 1 KO. (vgl. JW. 97, 466; 06, 390). Ebenso unbedenklich hätte die Frau den gesicherten Ersatzanspruch durch Abtretung verwerten dürfen. Wenn sie erst die Abtretung vornahm und der neue Gl. sich durch Erwirkung einer Zwangshyp. sicherte, so ist das unanfechtbar.

2. Dresden 29. 5. 16, OLG. 35, 257. Will der KonkVerw. einer off. HG. Gesellschaftsvermögen zur Masse heranziehen, das die Gesellschafter im Einverständnisse miteinander aus der Kasse entnommen haben, um es der Masse zu entziehen, so kann er nach § 117 KO. gegen jeden der Ges. vorgehen, weil diese GemSch. sind (JW. 15, 454; 02, 213). Die Herausgabe kann mit Hilfe des GV. erzwungen werden; ist die Masse ins Ausland verbracht, so kann der Verw. klagen. Die Haftung ist aber weder aus § 111 HGB. noch aus unerl. Handl. begründet. Dagegen ist Anfechtung nach § 31 Nr. 1 möglich. Ihre Handlungen sind Rechtshandlungen des GemSch., eine Vermögensverschiebung zuungunsten der Gesellschaft ist erfolgt. Die nach § 31 Nr. 1 anfechtbare ist zugleich eine unerl. Handl. (**RG.** 48, 401; 50, 401), daher tritt gesamtschuldnerische Haftung ein.

§ 41.

1. Bedeutung der Ausschlußfrist. KG. 26. 1. 16, OLG. 35, 251. Wie die GlAnf. außerhalb des Konk., so erfolgt auch die innerhalb des Konk. lediglich durch Geltendmachung des Rückgewähranspruchs mittels Klage oder Einrede (**RG.** 58, 44; 62, 199). Die hierfür im § 41 vorgeschriebene Frist hat den Charakter einer Ausschlußfrist. Der § 212 Abs. 2 BGB. ist daher nicht entspr. anzuwenden. Nur eine innerhalb der Frist des § 41 KO. erhobene Klage kann zur Zusprechung des Rückgewähranspruchs führen.

2. Klage beim unzuständigen Gericht. a) **RG.** 23. 3. 17, JW. 17, 659, R. 17 Nr. 1149. Nach feststehender Rechtspr. hat die Anfechtung innerh. der einjährigen Frist durch Erhebung der Klage zu erfolgen und ist diese Frist eine Ausschlußfrist, deren Wahrung das Gericht unabhängig von einem etwaigen Zugeständnis des Anfechtungsbeklagten von Amts wegen festzustellen hat. Die Frage aber, ob im einzelnen Fall eine rechtswirksame Erhebung der Klage vorliegt, ist lediglich nach dem Prozeßrecht zu entscheiden. Hat eine an irgendeinem Mangel leidende und deshalb an sich der Wirksamkeit entbehrende Klageerhebung auf Grund prozeßrechtl. Vorschriften nachträglich mit rückwirkender Kraft die gleiche Wirksamkeit erlangt, als sei sie niemals mit dem Mangel behaftet gewesen, so muß einer solchen Klageerhebung auch die bürgerl.-rechtl. Wirkung einer rechtswirksamen Klageerhebung beigemessen werden. Zutreffend hat es das RG. (Bd. 86, 245) für ausgeschlossen erklärt, daß eine Klageerhebung prozessual wirksam sein, aber der materiellrechtl. Wirkung entbehren könnte. Die Eigenschaft der AnfFrist als einer Ausschlußfrist rechtfertigt nicht eine abweichende Auffassung.

b) Zustimmend Jäger a. a. O. Fußnote unter Hinweis auf seinen Kommentar (5) § 29 Anm. 62. Prozeßrechtl. und materiellrechtl. Wirksamkeit der Klage müssen in demselben Augenblick beginnen, wenn die Klageerhebung als solche eine materielle Rechtsfolge auslöst. Falls daher die Klageerhebung zunächst unwirksam ist, aber hinterher rückwirkend Wirksamkeit erlangt, äußert sie den Erfolg der Verjährungsunterbrechung wie den der Wahrung der AnfFrist auch dann, wenn es erst nach Fristablauf zur Genehmigung kommt. Die Bemerkung des RG., daß die Wahrung der AnfFrist von Amts wegen zu prüfen sei, bedeutet nur, daß das Gericht den Ablauf der Frist zu beachten hat, wenn er sich aus dem eigenen Vortrag des Kl. ergibt; der Bekl. braucht ihn nicht geltend zu machen. Dagegen hat das Gericht die Wahrheit des Parteivorbringens nicht zu kontrollieren.

c) **RG.** 6. 6. 16, JDR. 16 zu § 41, jetzt auch SeuffA. 72, 395.

3. Zu Abs. 2. Karlsruhe 22. 12. 15, BadRpr. 17, 50. Wenn auch die Vorschrift des § 41 Abs. 2 KO. ihrem Wortlaut nach sich nur auf persönliche Schuldverbindlichkeiten des GemSch. beschränkt und dem Verwalter das Recht verleiht, die dem Sch. obliegende, unerfüllt gebliebene Leistung nach Ablauf des AnfJahres einredeweise zu verweigern, wenn das Schuldverh. in anfechtbarer Weise begründet wurde, so wird doch nach feststehender Rechtspr. des RG. und des jetzt erk. Gerichts diese Bestimmung über den nächstliegenden Wortlaut hinaus ausdehnend ausgelegt und angewendet auf dingl. Ansprüche des AnfBekl., der vom GemSch. das Eigentum oder ein Pfandrecht anfechtbar erworben, und nun vom Verw. die ihm übereignete oder verpfändete Sache mit dem dingl. Anspruch

herausverlangte. Ebenso aber auch auf einen Fall wie den vorliegenden, indem der Betrag der anfechtbar gepfändeten Forderung vom Drittschuldner hinterlegt wird und nunmehr der Gl., der die Pfändung erwirkt hat, vom KonkVerw. die Einwilligung zur Auszahlung des hinterlegten Betrages verlangt (**RG.** 62, 197; 84, 225, BadRpr. 13, 26, 16; 14, 107, 29). Die Anw. von § 41 Abs. 2 KO. wäre nur dann ausgeschlossen, wenn die anfechtbar begründete Verpflichtung des GemSch. durch gütliche oder erzwungene Erfüllung derart erledigt wäre, daß dem Gläubiger auf Grund des anfechtbaren Tatbest. irgendein Anspruch nicht mehr zustünde, wovon aber hier keine Rede sein kann, da der Kl. die Gelder, die er beansprucht, nicht erhalten hat, sondern nur mit Zustimmung des Bekl. herausbekommen kann (Jäger, KO. § 41 Anm. 10, BadRpr. 13, 26, 16).

Vierter Titel. Aussonderung.

§ 43.

Aussonderung bei Sicherungsübereignung.

1. Marck, RheinZ. 9, 139ff. Die Stellung des Sicherungsnehmers wird durch seinen Konkurs nicht berührt. Der Verw. übt seine Rechte aus. Er hat das Sicherungsgut nach Eintritt der Verwertungsbefugnis zur Deckung der Forderung zu verwenden, wie es sonst der Sicherungsnehmer zu tun hätte. Ein Recht auf Verwertung des Gutes durch den Verw. steht dem Sicherungsgeber nicht zu. Den Verw. als solchen trifft aber die Pflicht hierzu. Der Geber kann die der Übereignung zugrunde liegende Schuld auch nach KonkEröffn. einzahlen und Zug um Zug die Rückgabe der Sicherung verlangen. Über das Aussonderungsrecht ist folgendes zu sagen: Wo keine besonderen Abmachungen vorliegen, ist das Sicherungsgut auflösend bedingt übereignet. Für diesen Fall ist die Aussonderung gegeben. Bei Verwertung des Gutes ist die Masse ersatzpflichtig und es besteht die Ersatzaussonderung nach § 46 KO. Ist der Sicherungsgeber auf den schuldrechtl. Rückforderungsanspruch beschränkt, so ist die Aussonderung nicht begründet. Es ist zwischen echten und unechten Treuhandgeschäften zu unterscheiden. Unechte sind solche, die im eigenen Interesse des Treuhänders geschlossen werden, ihr typisches Beispiel ist die Sicherungsübereignung. Die herrsch. Meinung muß zugeben, daß eine jur. Begr. für die Aussonderung nicht vorhanden ist. Der Fall des Aussonderungsrechts beim Vollindossament zu Inkassozwecken kann nicht zum Beweise herangezogen werden. Das Indossament verschafft hier nach außen dem Indossatar die Legitimation des Vollrechts, nicht aber die Inhaberschaft im inneren Verhältnis. — Im Konk. des Sicherungsgebers ist die Rechtslage zunächst die gleiche wie bei den Einzelvollstreckungen in das Sicherungsgut. Das Recht am Sicherungsgut ist ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor den übrigen Gl. Der Sicherungsnehmer gehört zu den Absonderungsberechtigten, indem er zugleich Aussonderungsberechtigter ist. Auf sein Aussonderungsrecht müssen die Grunds. der §§ 64, 118, 120, 127 KO. Anwendung finden. Die letztere Bestimmung ist besonders wichtig. Zwar spricht § 127 nur von rechtsgeschäftl. bestellten Pfandrechten und diesen gleichstehenden Rechten. Eine entspr. Anwendung ist aber nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift geboten.

2. **RG.** 10. 10. 17, R. 17 Nr. 2092. Der Treugeber hat im Konk. des Treuhänders ein Aussonderungsrecht am Treugut. Außerhalb des Konkurses kann er der Pfändung gemäß § 771 ZPO. widersprechen.

3. Vgl. auch zu § 1, 2.

§ 44.

Hamburg 15. 4. 16, JW. 17, 820, OLG. 34, 6. Das deutsche Recht kennt seit Einführung des BGB. nur ein Verfolgungsrecht im deutschen Konk. Eine entspr. Anw. auf Auslandskonk. erscheint nicht zugängig. Konkursrechtl. Vorschriften sind ihrer Natur nach auf das eigene Gebiet beschränkt (sog. Territorialitätsprinzip). Mag es selbst richtig sein, daß der Gesetzgeber, welcher für das Deutsche Reich zugunsten der Masse gewisse Ausnahmen zuläßt, kein Interesse daran hat, diese Ausnahmen zuungunsten ausl. Massen

abzuschneiden, so folgt doch daraus nicht, daß die deutsche Regelung auch für den Auslandskonk. maßgebend sein muß. Eine entspr. Anw. deutschen Rechts verbietet sich aber völlig, wenn der im Auslande wohnhafte Sch. überhaupt nicht in Konk. geraten, sondern nur zahlungsunfähig geworden ist.

Fünfter Titel. Absonderung.

§ 47.

1. Vollstreckungshandlungen des Hypothekengläubigers während des Konkurses. Wolf, BayRpflZ. 17, 381ff. Nach Jäger (§ 47 Anm. 10) kann der absonderungsberechtigte Gl. mit dem nach § 164 KO. erwirkten Vollstreckungstitel die abgeſ. Befriedigung betreiben. Dies ist unzutreffend, weil die Erteilung einer vollstreckb. Tabellausfertigung während des Konk. unzulässig ist (vgl. Wolf zu § 144). Es gilt aber auch im Fall der Annahme der Zulässigkeit. Der HypGläubiger kann aus der Hyp. nur mit dinglichem Schuldtitel vollstrecken. In der Tabelle kann nur die persönl. Forderung festgestellt werden. Betreibt der Gl. aus dieser die Vollstr., so erwirbt er ein zweites dingl. Recht (sog. Pfändungshypothek); dies wäre nach § 14 KO. unzulässig.

2. Absonderungsrecht und Zwangsvergleich. Jäger, LeipzZ. 17, 520ff. Der Absonderungsberechtigte ist nicht begriffl. Konkursgläubiger, eine gleichzeitige persönl. Forderung desselben gegen den GemSch. wird nicht vorausgesetzt. Das gilt bei reiner Sachhaftung (z. B. Grundschuld) oder wenn ein Massegegenstand für die Schuld eines Dritten haftet. Für § 64 KO. ist dann kein Raum, eine Zwangsvergleichsrate hat er unter keinen Umständen zu beanspruchen. Haftet der GemSch. dem Absonderungsberechtigten zugleich persönlich, so ist der Grundsatz der Ausfallhaftung auch nicht ohne weiteres anwendbar. Die persönliche Forderung kann unanmeldbar sein; sie kann die Eigenschaft eines Massegläubigerrechts haben. Ist der Absonderungsberechtigte zugleich bevorrechtigter KonkGläubiger nach § 61 KO., so kommt § 64 zur Anwendung, ein ZwVergleich berührt ihn aber nicht. Ein Vorrecht i. S. der KO. ist das Absonderungsrecht nicht; es steht geradezu im Gegensatz zu den Vorrechten (vgl. §§ 12, 13 EGKO.). Ebenso **RG.** 23, 43, dagegen Häberlein, Der Absonderungsberechtigte in und nach einem durch ZwVergleich beendigten Konk., Marburg 1916, S. 14ff. Es entsteht nicht erst eine vorrechtslose KonkForderung infolge des Ausfalls oder Verzichts, sondern die KonkForderung besteht von vornherein, kann angemeldet und festgestellt werden. Der ersatzlose Untergang des Pfandgegenstandes ist weder Ausfall noch Verzicht i. S. des § 64 KO., wirkt aber so, daß der Gl. fortab nur noch KonkGläubiger und durch den Grundſ. der Ausfallhaftung nicht weiter beschränkt ist.

§§ 47, 148.

Karlsruhe 29. 9. 15, OLG. 35, 25. Beschränkt sich der Klageantrag auf die Feststellung der angemeldeten Forderung, so ist für die Berechnung des Streitwerts § 148 KO. anwendbar; es ist ohne Bedeutung, daß für die Forderung ein Absonderungsrecht besteht (OLG. 27, 14). Ist aber auch die Feststellung des Absonderungsrechts verlangt, so ist der Betrag der Forderung maßgebend, für die dieses Recht beansprucht wird, denn hier gilt § 6 ZPO.

Sechster Titel. Aufrechnung.

§ 53.

RG. 9. 1. 17; 89, 200. § 53 KO. hebt nicht den § 394 BGB. für das KonkVerf. auf. Die Aufrechnung ist vielmehr grundsätzl. im Konk. zulässig.

§§ 54, 65.

RG. 22. 9. 17, R. 17 Nr. 1899, WarnE. 17, 430. Der Kl. kaufte ein Grundstück und erhielt den Besitz, während gegen den bisherigen Eigentümer ein Aufgebotsverfahren schwebte. Ist die Zahlung des Kaufpreises von der Durchführung dieses Verf. abhängig

gemacht, so liegt nicht eine betagte, sondern eine bedingte Forderung vor. Während des Schwebens der Bedingung ist aber die Aufrechnung ausgeschlossen (**RG.** 68, 342), der Gl. könnte nur Sicherstellung nach § 54 Abs. 3 verlangen (**RG.** 80, 415).

§ 55.

Dresden 27. 4. 16, OLG. 35, 251, SächsOLG. 38, 115, SeuffA. 72, 36. Schuldigwerden zur Masse i. S. des § 55 Nr. 1 bedeutet, daß die Verbindlichkeit nach der KonkEröffn. aus neuen Schuldverhältnissen entstanden ist; dagegen liegt § 55 Nr. 1 nicht vor, wenn die Verbindlichkeit, obschon auch aus ihr eine Schuld zur Masse sich ergibt, als betagte oder aufschiebend bedingte bereits dem nachmaligen GemSch. erwachsen war (vgl. Jäger § 55 Anm. 5). Daher kann im Hinblick auf die durch § 54 erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit auch mit nichtfälligen Forderungen aufgerechnet werden. Bei Anwendung des § 54 begründet es keinen Unterschied, ob die Bedingung auf Rechtsgeschäft oder unmittelbar auf dem Ges. beruht (vgl. **RG.** 58, 11). Als gesetzlich aufschiebend bedingt hat eine Forderung zu gelten, wenn ihre künftige Wirksamkeit von einem dem grundlegenden Rechtsgeschäfte hinzutretenden ungewissen Ereignis abhängt, das als rechtlich bedeutsame Tatsache schon kraft Gesetzes den Anspruch zur Entstehung bringt (vgl. **RG.** 53, 330). Eine solche gesetzl. Bedingung liegt vor, wenn der GemSch. ein Pfand bestellt hatte und dieses nach der KonkEröffn. vom Gl. verkauft wird. Gegen den Anspruch auf den Überschuß kann der Gl. aufrechnen (vgl. Jäger § 55 Anm. 4 a. E., a. M. Hamburg OLG. 21, 174 und Rostock, SeuffA. 50, 231).

Siebenter Titel. Massegläubiger.

§ 58.

Dresden 13. 1. 16, JDR. 16 zu § 58 jetzt ausführlich SächsOLG. 37, 370. Die Gebühren und Auslagen der Aufsichtsperson im Geschäftsaufsichtsverfahren gehören in dem sich an das Verfahren anschließenden Konk. zu den Massekosten (§ 58 Abs. 2 KO.).

§ 59.

1. Prozeßkosten als Masseschulden. a) KG. 21. 9. 16, KGBl. 17, 3. Jäger (§ 59 Anm. 2) vertritt die Ansicht, daß die Kosten eines Rechtsstreits, welche vor der Aufnahme dem GemSch. gegenüber entstanden sind und nur KonkForderungen darstellen, dadurch zu Massekosten werden, daß der Verw. die Forderung einschließlich der Kostenforderung bestreitet und dadurch Veranlassung zur Aufnahme des Rechtsstreits gibt; dies soll wenigstens gelten, wenn der Konk. während Schwebens der Berufungsinstanz eröffnet ist. Das KG. ist anderer Meinung. Die Aufnahme eines anhängigen Verfahrens hat nur den Zweck, die Erhebung einer besonderen Klage unnötig zu machen. Eine Änderung des Charakters der Forderung tritt dadurch nicht ein. Eine Trennung der Kosten nach Zeitabschnitten ist sehr wohl möglich und geschieht auch sonst häufig. Soweit frühere und spätere Kosten identisch sind, können sie mit der günstigeren Eigenschaft geltend gemacht werden.

b) Colmar 22. 7. 16, OLG. 35, 253 Anm. Ist infolge der Zurückweisung der Rev. des Verwalters das vor der KonkEröffn. ergangene BerUrteil der allein maßgebende Titel für die Kostenpflicht der Parteien und hat danach der kl. GemSch. die Kosten 1. und 2. Instanz zu tragen, so ist die Forderung der Bekl. auf Rückerstattung ihrer Prozeßkosten auf Grund des BerUrteils vor der KonkEröffn. entstanden, also KonkForderung, keine Masseschuld.

2. Zu Nr. 2. Dresden 27. 3. 17, LeipzZ. 17, 940. Die Verpflichtung des Verw. zur Wiederherstellung der vom GemSch. gemieteten, vom Verw. gekündigten Wohnung ist Masseschuld (Jäger § 59 Anm. 7). Es wäre unrichtig, einen Unterschied zwischen den wiederkehrenden und anderen Verpflichtungen zu machen. Auch die Entschädigungspflicht aus der Nichterfüllung jener Pflicht ist Masseschuld (vgl. Jäger a. a. O.).

Achter Titel. Konkursgläubiger.

§ 61.

Zu Nr. 1. Celle 15. 6. 16, SeuffA. 72, 143. Die Frage, ob dem Repräsentanten einer Gewerkschaft oder den Vors. oder Mitgl. des Grubenvorstandes das Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO. zustehe, ist allgemein nicht zu beantworten. Die sich in der Auslegung des preuß. Bergges. von Brassert-Gottschalk[2] zu § 128 Anm. 5 findende Bemerkung, welche die Frage grundsätzlich bejaht, entbehrt der Begründung. Das Berggesetz regelt die Rechtsverhältnisse dieser Personen nur im Hinblick auf die ihnen übertragene Vertretungsmacht. Welcher Art das innere Verhältnis der Gewerksch. zu ihrem Vertreter sei, wird freier Vereinb. überlassen. Es ist denkbar, daß ein Repräsentant, der ein Mitgl. des Grubenvorst., der Leiter des Betriebes oder in diesem angestellt ist. Dann wird er mit Recht das Vorrecht im Konk. in Anspruch nehmen, aber nicht kraft seiner Eigenschaft als Repräsentant oder Grubenvorst., sondern kraft des zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses. Im Zweifel wird durch die Übernahme der Stellung eines Repräsentanten nur ein Auftragsverhältnis begründet (vgl. § 128 preuß. Allg. BergG.).

§ 64.

1. GenBl. 17, 49. Aus einem Gutachten: Hat ein Gläubiger an einem, dem GemSchuldner gehörigen Gegenstand ein Pfandrecht, so kann der Gl. die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, grundsätzl. zur KonkMasse anmelden, wenn der GemSch. persönl. für die Forderung haftet. Der Gl. kann aus der KonkMasse aber nur für den Betrag Befriedigung verlangen, zu welchem er auf Befriedigung aus dem Pfandrecht verzichtet, oder mit welchem er bei der Realisierung des Pfandrechts ausgefallen ist (§ 64 KO.). Dieser Bestimmung der KO. pflegt in der Praxis dergestalt Rechnung getragen zu werden, daß die angemeldete Forderung „in Höhe des Ausfalls" festgestellt wird. Kommt es zu einer Verteilung der Masse, so wird ein Gl., für welchen eine derartige Feststellung getroffen ist, nur dann und insoweit berücksichtigt, als er entweder auf die Befriedigung aus dem Pfand verzichtet, oder bei Verwertung des Pfandgegenstandes ausgefallen ist. Hat eine Verwertung des Pfandgegenst. noch nicht stattgefunden, steht mithin der Ausfall noch nicht fest, so muß sich der Gläubiger gleichwohl entscheiden, d. h. er muß, wenn er bei der Verteilung berücksichtigt werden will, in bestimmten Zahlen erklären, in welcher Höhe er auf Befriedigung aus dem Pfandrecht verzichtet. Irrt sich der Gl. bei diesem Verzicht, d. h. schätzt er den Wert des Pfandgegenst. höher ein als eine spätere Veräußerung ergibt, so geschieht dies auf seine Gefahr. Reicht der Erlös aus dem Pfandgegenst. nicht hin, um den Restbetrag der Forderung zu decken, so geht der Gl. in Ansehung des ungedeckten Betrages leer aus. § 64 muß auch in dem Falle unverändert zur Anwendung kommen, wenn der KonkVerw. den pfandüberlasteten Gegenstand freigegeben hat.

2. Vgl. auch Jäger zu § 47, 2 und 193 über Absonderung und Zwangsvergleich.

3. Vgl. ferner zu § 209 (Gesellschaftskonkurs).

§§ 67, 68.

Hamburg 26. 2. 17, BankA. 17, 42. Eine Bank kann in dem Akkordverfahren eines Kunden, für dessen Abwicklung vereinbarungsgemäß die konkursrechtl. Grunds. maßgebend sein sollen, nicht nebeneinander den Regreßanspruch aus einem von ihr für den Kunden zur Einziehung übernommenen Wechsel und den Anspruch auf Rückerstattung eines auf den Wechsel von ihr gewährten Darlehens geltend machen. Es ist unmöglich, daß ein, wenngleich auf zwei verschiedene Rechtsgründe zu stützender persönl. Schuldbetrag, der außerhalb des Konkurses durch eine einmalige Zahlung getilgt werden kann, im Konk. einer doppelten Liquidierung fähig ist (Jäger, Anm. 5 zu § 67; Merckens, LeipzZ. 12, 806).

§ 68.

1. **RG.** 15. 11. 16, LeipzZ. 17, 473. Im Konk. können nicht zwei Ansprüche nebeneinander berücksichtigt werden, die der GemSch. außerhalb des Konk. nur einmal zu be-

friedigen verpflichtet ist (Jäger § 67 Anm. 5, RG. 9, 75; 14, 172; 37, 3; 42, 37). Das beruht darauf, daß Gesamtgl., deren Ansprüche einander ausschließen, im Konk. nicht nebeneinander Befriedigung beanspruchen dürfen, weil dadurch alle anderen Gl. benachteiligt werden würden. Dies muß bei der Feststellung der Passivmasse und bei der Prozeßführung vom Verw. berücksichtigt werden.

2. Kiel 11. 7. 16, SchlHolstAnz. 17, 119. Auf die Forderung des Gl. war nach dem Prüfungstermin ein Teilbetrag von 4000 M. bezahlt worden. Der KonkVerw. verlangt die Feststellung, daß der Gl. in Höhe der 4000 M. keine Ansprüche gegen die Masse habe. Der Antrag ist abgewiesen. § 68 KO. hat, wie die Motive zur KO. ergeben, verhüten wollen, daß der KonkGl., der nach der KonkEröffn. von seiten eines mithaftenden Gesamtschuldners eine Teilzahlung erhalten hat, im Konk. nur noch von dem Restbetrage die KonkDividende zu beanspruchen hätte, wie dies ohne die Bestimmung des § 68 KO. nach § 774 BGB. für eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung der Fall sein würde. (Vgl. RG. 8, 292; 52, 171, SchlHolstAnz. 14, 56, Jäger Anm. 1 zu § 68, Mot. zur KO. II, 287). Wäre die Bürgschaft eine Ausfallbürgschaft gewesen, so würde in der Zahlung der 4000 M. ein Verzicht auf das Nacheinander der Haftungen zu finden und demgemäß dadurch das in § 68 KO. erwähnte Nebeneinander der Haftungen geschaffen worden sein (vgl. Jäger zu § 68 Anm. 3).

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 73.

Vgl. zu § 145, 2.

§ 76.

Cöln 9. 11. 14, BuschsZ. 46, 436. In dem Falle der neben der öffentl. Bek. gesetzl. vorgeschr. Zust. legt das Ges. offenbar Gewicht allein auf die öffentl. Bek.; die daneben gesetzl. angeordnete besondere Zust. betrachtet es lediglich als eine nebensächl. Sicherheitsmaßregel zur Erreichung des in erster Linie mit der öffentl. Bek. verfolgten Zweckes. Dies ist auch die allg. Ansicht in der Rechtslehre (Jäger zu § 76 Abs. 3 II). Demgemäß knüpft auch das Ges. die Folge der Zust. in diesem Falle an die öffentl. Bek. selbst, nicht an die Ausführung der gedachten nebensächl. Maßregel. Hierbei ist auch darauf hinzuweisen, daß in den in § 76 Abs. 3 KO. gedachten Fällen gesetzl. neben der öffentl. Bek. eine besondere Zust. in vereinf. Form zugelassen ist; die Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bedarf einer Begl. nicht, kann auch durch Aufgabe zur Post bewirkt werden. Ganz anders aber liegt die Sache dann, wenn das KonkGericht seine Entsch., deren Zust. durch öffentl. Bek. und daneben noch durch besondere Zustellung gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, einem Beteiligten mittels Zust. in der regelmäßigen Form durch GV. bzw. durch die Post eröffnet. Nach den auch für das KonkVerf. geltenden Bestimmungen der ZPO. beginnt in einem solchen regelmäßigen Falle der Zust. der Lauf der Beschwerdefrist bereits mit dieser Zust., ohne daß es hierfür überhaupt auf eine etwa noch später vorzunehmende öffentl. Bek. der Entsch. ankommen kann (§ 575 Abs. 2 ZPO., § 72 KO.); dafür gar, daß die bereits erfolgte Zust. einer Entsch. im Falle späterer öffentl. Bek. dieser Entsch. die Wirkung verlieren sollte, die Beschwerdefrist in Lauf zu setzen, fehlt es in der KO. an jedem Anhalte (vgl. auch v. Wilmowski, KO. [6] Anm. 4 zu § 75 a. E.).

§ 80.

Hamburg 20. 1. 12, OLG. 35, 255 Anm. Wenn gemäß § 80 die Mehrzahl der Gl. einen anderen Verwalter an Stelle des Ernannten wählen, so können die Erwägungen, daß letzterer ein geeigneter KonkVerw. ist, daß der Erwählte sich erst neu einarbeiten muß, daß vermehrte Kosten entstehen, keinen Grund zur Versagung der Genehmigung bilden.

Desgleichen nicht die Gründe, aus denen die Mehrzahl der Gl. einen anderen Verw. zu wählen für gut fand; sie entziehen sich auch regelmäßig einer sicheren Feststellung.

§ 82.

1. **RG.** 11. 12. 16; 89, 237, JW. 17. 226, R. 17 Nr. 288. Die Haftung nach § 82 KO. setzt Verschulden i. S. des § 276 BGB. voraus.

2. Vgl. auch zu § 1, 4b und § 6.

§ 86.

Dresden 26. 9. 16, OLG. 35, 255, SächsOLG. 38, 234, SeuffA. 72, 246. Die Schlußrechnung des Verw. gilt, soweit in der Versammlung Einwendungen nicht erhoben werden, als anerkannt (a. a. O. § 86 Satz 4). Der Kl. meint, diese Folge trete nicht hinsichtlich aller Einwendungen, sondern nur hinsichtl. aller Einwendungen gegen Punkte ein, die in der Rechnung erwähnt sind. Eine solche Einschränkung der Ausschlußwirkung ist jedoch weder aus der angezogenen Gesetzstelle selbst noch aus anderen Umständen zu entnehmen. Die Behauptung, daß die Schlußrechnung in dieser oder in anderer Richtung unvollständig oder unrichtig sei, gehört zu den Einwendungen, auf die sich § 86 bezieht. Daher ist, wenn eine solche Behauptung nicht aufgestellt wird, als anerkannt anzusehen, daß die Schlußrechnung sowohl vollständig als richtig sei. Dasselbe gilt, wenn die Unvollständigkeit und Unrichtigkeit ungerügt bleiben, obwohl der Verw. in der Schlußrechnung ausdrücklich erklärt hat, daß er nicht über jede einzelne Angelegenheit berichte, aber auf Verlangen bereit sei, dies noch zu tun. Die Anerkennung hat zur Folge, daß der Verw. aus Handlungen und Unterlassungen, die in der Rechnung unerwähnt geblieben sind, nicht in Anspruch genommen werden kann; sie wirkt wie ein Verzicht auf die Ergänzung und auf die Berichtigung der Schlußrechnung und auf die Ansprüche, die, wenn die Ergänzung und Berichtigung erfolgten, erhoben werden könnten, und zwar tritt diese Wirkung ohne Rücksicht auf den Grund (Jäger, KO. [5] § 86 Anm. 6) ein, aus dem die Einwendungen unerhoben geblieben sind.

§ 97.

Rostock 17. 1. 17, MecklZ. 35, 282, OLG. 35, 254. 1. Das KonkGericht hat in der GlVersamml. „die gegenseitigen Rügen der mangelnden Vollmacht als berechtigt anerkannt" und hieraus die Folgerung gezogen, „daß zu zählen sind dafür x M., dagegen nichts". Darin kann nicht ein Beschluß des Gerichts gefunden werden. Es hat lediglich gemäß § 97 KO. die Stimmen der Gl. gezählt, das Ergebnis der Abstimmung im Protokoll vermerkt und zum Verständnis hinzugefügt, daß es die von drei GlVertretern abgegebenen Stimmen wegen der Nichtbeglaubigung der Vollmachten nicht mitgezählt habe. Das Gericht kann allerdings im Prüfungstermin eine Anmeldung durch einen der Beschwerde fähigen Beschluß zurückweisen, wenn ein Bevollmächtigter ohne Vollmacht auftritt (Jäger § 141 Anm. 3 und 4, LeipzZ. 09, 248). Ein solcher Beschluß liegt aber nicht vor, da die Forderung der Beschwerdeführerin in Höhe des Ausfalls festgestellt, also nicht zurückgewiesen war. Wenn das Gericht die von dem Vertreter der Beschwerdeführerin abgegebenen Stimmen wegen Nichtbeglaubigung der Vollmacht nicht mitzählte, traf es keine Entsch. über das Stimmrecht.

2. Beschlüsse der GlVersamml. sind keine Entsch. i. S. des § 73 KO. und können deshalb nicht mit der sof. Beschwerde angefochten werden. Ist ein Beschluß einer GlVersamml. nichtig, so kann jeder Interessent beim KonkGericht beantragen, daß der Beschluß kassiert werde; weist das KonkGericht den Antrag ab, so steht dem Antragsteller die sof. Beschwerde zu. (Vgl. Seuffert, Konkursprozeßrecht 170/171, Jäger § 73 Anm. 1, § 99 Anm. 1, § 94 Anm. 7). Ist dagegen ein Beschluß einer GlVersamml. formell rechtsgültig, so kann in der GlVersamml. der Antrag aus § 99 KO. gestellt werden und der darauf ergehende Gerichtsbeschluß unterliegt der sof. Beschwerde. (Vgl. Seuffert 171.)

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

§ 102.

Über den Begriff der Zahlungseinstellung vgl. zu § 30 I.

§ 105.

Jena 24. 2. 14, SeuffA. 72, 39. Die KO. enthält keine Best., wonach der Konk-Antragsteller, der seinen Antrag zurücknimmt oder damit abgewiesen wird, dem GemSch. dessen Kosten erstatten müsse. Der GemSch. beruft sich zu Unrecht darauf, daß nach § 72 KO. die Vorschriften der ZPO. über Kostenerstattung anzuwenden wären. Vielmehr enthält § 72 selbst die Einschränkung: „soweit nicht aus den Best. der KO. sich Abweichungen ergeben". Das KonkVerf. ist kein Rechtsstreit der ZPO., wo sich Kl. und Bekl. als Parteien gegenüberstehen. Deshalb können auch die Best. der ZPO., die auf dem Gegens. zwischen mehreren Personen (Parteien) beruhen, nicht auf das KonkVerf. angewendet werden; und dazu gehört auch die Vorschr. des § 91 ZPO. Im KonkVerf. herrscht wie im Strafverf. der Amtsbetrieb und die Ermittlung von Amts wegen. Die KO. verlangt vom GemSch. nicht, daß er Material heranschaffe, um die KonkEröffn. abzuwenden. Macht daher der Sch. selbst Aufwendungen, indem er sich einen RA. annimmt oder auf eigene Kosten Erhebungen veranstaltet, so tut er es, ohne dazu durch die Art des Verf. genötigt zu sein. Er kann deshalb keinen Ersatz dafür verlangen.

Dritter Titel. Tilgungsmasse.

§§ 135, 136.

KG. 2. 8. 17, OLG. 35, 259, R. 17 Nr. 2094. Verkauft der Verw. ein Grundstück ohne die erforderliche Genehmigung des GlAusschusses, so ist das Geschäft wirksam, auch wenn die Gegenpartei die Verletzung der §§ 133—135 KO. kennt (Jäger § 136 Anm. 1, 3). Der Verw. macht sich nur ersatzpflichtig. Das Grundbuchamt hat sich um das Veräußerungsverbot nicht zu kümmern (KGJ. 45, 236), sondern auf Antrag Auflassungstermin anzusetzen, selbst wenn der KonkRichter ersucht, die Auflassung vorläufig nicht entgegenzunehmen.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§ 144.

1. Wolf, BayRpflZ. 17, 381 ff. Die Eintragung des Prüfungsergebnisses in die Tabelle ist nicht eine Entsch. über Bestand, Betrag und Vorrecht einer Forderung, also eine richterliche Feststellung, sondern nur die Beurk. einer Anerkennung. Mit dem Vollzuge der Eintragung des Feststellungsvermerks beginnt die Rechtskraft der Feststellung; erst mit KonkBeendigung erlangt der Vermerk in der Richtung gegen den Sch. die Wirksamkeit eines rechtskräftigen Leistungsurteils. Daher kann eine vollstreckb. Ausfertigung des Vermerks während des Konk. nicht erteilt werden (Wolff, KO. § 164 Anm. 3, Fitting 133 Nr. 15, a. M. Jäger § 164 Anm. 6).

2. KG. 17. 4. 17, OLG. 35, 261. Die Feststellung einer Forderung mit dem Zusatze „in Höhe des nachzuweisenden Ausfalls, Stimmrecht für den bestrittenen Betrag versagt" ist keine Feststellung i. S. des § 144 KO., sondern nur eine solche mit Vorbehalt, die sich der Anmeldende nicht gefallen zu lassen braucht. Das Bestehen oder Nichtbestehen eines Absonderungsrechts gehört nicht in die Tabelle. Wegen eines AbsRechts darf aber der Verwalter die Forderung nicht bestreiten, denn dem anmeldenden Gl. ist die Geltendmachung dieses Rechts überlassen.

§ 145.

1. Wirkung der Feststellung. Hamm 1. 10. 15, OLG. 35, 262. Die Tabelleneintragung gilt nach § 145 KO. wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen KonkGl., auch gegenüber dem Verw. Sein nachträgliches Bestreiten einer festgestellten Forderung

ist rechtlich ohne Wirkung (**RG.** 57, 324). Ein Widerspruch ist nur in den Fällen der Restitutionsklage zulässig. Eine Einw. aus § 767 ZPO. liegt nicht vor, wenn der Verw. den Rechtsbestand der Tabelleneintragung als solchen angreift.

2. Unrichtige Feststellung. Karlsruhe 12. 7. 16, OLG. 35, 262. a) Eine Berufsgenossenschaft hatte rückständige Beiträge mit dem Vorrecht aus § 61 Ziff. 1 KO. gemäß § 28 Abs. 3 RVO. angemeldet. Der Gerichtsschreiber hatte einen entspr. Eintrag gemacht, aber übersehen, daß ein Vorzugsrecht des § 61 Nr. **1** beansprucht war. Im Prüfungstermin war kein Widerspruch erhoben und deshalb in der Tabelle vermerkt worden: „Festgestellt: A., den . . .". Dieser Vermerk wurde auf Antrag der Gen. dahin berichtigt, daß die Forderung eine solche nach § 61 Nr. **1** ist und als solche festgestellt gelte, da ein Schreibversehen vorliege. Das LG. änderte ab, das OLG. stellte wieder her. Gegenst. der Prüfung und Feststellung durch das KonkG. ist nicht der Tabelleneintrag des GerSchreibers, sondern die angemeldete Forderung ihrem Betrag und Vorrecht nach. Mangels Widerspruchs gilt sie kraft Gesetzes (§ 144) ohne weiteres bezüglich des Betrages und des Vorrechtes als festgestellt. Die Eintragung des Vorrechts bloß gemäß § 61 Nr. **3** ist daher objektiv unrichtig und kann vom KonkGericht richtig gestellt werden.

b) Über die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde wird noch angeführt: § 139 Abs. 3 ZPO. verdrängt den allg. Grundsatz des § 73 Abs. 3 KO. Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde ergibt sich aber aus § 73 Abs. 1. Als „Entscheidung im Konkursverfahren" ist nicht die Eintragung in die KonkTabelle anzusehen, wohl aber die Verfügung des KonkGerichts, durch welche dem Berichtigungsantrag der Gen. entsprochen wurde.

§ 146.

1. Erfordernisse der Anmeldung. München 27. 5. 16, OLG. 35, 260. Vorschriftsmäßige Anmeldung und Prüfung sind Voraussetzungen der Feststellungsklage und von Amts wegen festzustellen; Mängel sind auch mit Zustimmung des Gegners nicht heilbar. § 139 KO. ist, soweit es sich um Beifügung von Urkunden und Abschriften handelt eine Ordnungsvorschrift (**RG.** 85, 68). Dagegen ist Angabe des Grundes und Betrages der Forderung zwingendes Erfordernis. Entscheidend ist dabei, ob trotz Mängel der Anmeldung die Beteiligten die Forderung prüfen und identifizieren konnten. Deshalb darf an die Anmeldung nicht der strengste juristische Maßstab gelegt werden (LeipzZ. 08, 392; 15, 1467).

2. Zu Abs. 4. Feststellungsklage und Schuldgrund. a) **RG.** 3. 10. 16, LeipzZ. 17, 135. Der Anspruch auf Rückzahlung der selbst nicht durch Verlust verminderten Einlage bei einer stillen Gesellschaft mit Verlustbeteiligung beruht auf einem anderen Grunde als der Anspruch auf Zahlung desselben Betrages auf Grund eines Darlehnsvertrages. Ist nur der letztere angemeldet, so kann im Feststellungsprozeß die Forderung nicht auf den ersten Schuldgrund gestützt werden.

b) **RG.** 15. 11. 16, LeipzZ. 17, 474. § 146 Abs. 4 KO. stellt eine Prozeßvoraussetzung auf (vgl. Jäger § 146 Anm. 20), die von Amts wegen zu berücksichtigen ist (**RG.** 86, 396). Daher kann auch eine Einwilligung des Verw. gemäß § 527 ZPO. die Änderung des in der KonkAnmeldung geltend gemachten Rechtsgrundes nicht rechtfertigen.

c) München 27. 5. 16, OLG. 35, 261. Ist die Anmeldung einer Forderung als Darlehen erfolgt, die Feststellungsklage aber teils auf Darlehn teils auf Geschäftseinlage als stiller Gesellschafter gestützt, so liegt darin eine nach § 146 Abs. 4 unzulässige Klageänderung.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

§ 173.

RG. 2. 2. 17, WarnE. 17, 199. Bei einem Privatakkord kann die ziffernmäßige Bevorzugung eines einzelnen Gl. gerechtfertigt sein, wenn er mit einer von ihm übernommenen Nachbürgschaft eine erhebliche Gefahr auf sich nimmt und nicht wie die anderen Gl. sofort durch Barzahlung befriedigt wird. Der Akkord ist also gültig.

§ 181.

1. **RG.** 7. 12. 16, PosMSchr. 17, 129, R. 17 Nr. 931—33, WarnE. 17, 376. Es ist eine unzulässige Bevorzugung, wenn dem Gl. für die Zustimmung zum ZwVergleich des Hauptschuldners und für die Stundung der in ein Darlehn umzuwandelnden, vom ZwVergleich unberührten Bürgschaftsschuld ein weiterer Bürge für letztere Schuld gestellt wird. Zum Tatbest. des § 181 ist weder erforderlich, daß der ZwVergleich ohne Zustimmung des begünstigten Gl. nicht zustande gekommen wäre, noch daß der GemSch. die Herbeiführung seiner Zustimmung beabsichtigte. Es genügt, daß der Gl. eine Bevorzugung vor anderen KonkGl. wollte, daß der GemSch. und die an der Gewährung der Sondervorteile beteiligten Personen dies wußten, und daß bei dem Abschlusse des Bevorzugungsvertrages ein ZwVergleich in Aussicht stand, im Hinblick auf welchen der Gl. die Bevorzugung begehrte und erhielt (**RG.** 61, 296; 72, 46; 78, 183).

2. Bevorzugung beim Privatakkord vgl. zu § 173.

3. Vgl. auch zu § 186.

§§ 186, 188.

Dummer, R. 17, 189 f. Zu den Vorschriften über den Abschluß eines Vergleichs i. S. des § 186 KO. gehört auch § 181. Hierbei entsteht die Frage, ob der Richter bei seiner Prüfung nur die ihm vorliegende Fassung des Vergleichs zugrunde zu legen oder auch andere, aus dem Vergleichsinhalt nicht erkennbare Umstände, die einzelnen Gläubigern Vorzüge gewähren, zu berücksichtigen hat. Die Frage wird überwiegend verneint (Willenbücher § 186 I, Kurlbaum § 181 Anm. 3, Sarwey § 186 Anm. 2), von Jäger (§ 188 Anm. 4) bejaht. Sie ist zu verneinen, weil § 188 KO. die Berücksichtigung solcher Umstände dem Antrage unterstellt. Nach §§ 181, 186 ist jede Bevorzugung eines Gl. zu berücksichtigen, mag sie auch noch so unbedeutend sein. Nach § 188 muß dagegen zwischen der Begünstigung und dem Vergleichsabschluß Kausalzusammenhang bestehen; der Vergleich darf nur verworfen werden, wenn ohne den begünstigten Gl. eine Mehrheit für den Vergleich nicht da gewesen wäre. Bei der Jägerschen Ansicht müßte man danach unter Umständen einen Antrag aus § 188 mangels Kausalzusammenhangs zurückweisen, auf Grund desselben Sachverhalts aber von Amts wegen nach § 186 den Zwangsvergleich verwerfen. Dieser Widerspruch ist nur zu lösen, wenn man die Berücksichtigung außerhalb des ZwVergleichs liegender Umstände der Antragstellung vorbehält.

§ 192.

RG. 25. 11. 16; 89, 131, JW. 17, 164, R. 17 Nr. 934. In dem ZwVergleich kann die Verwaltung und Verwertung von Teilen der bisherigen Masse dem bisherigen KonkVerw. als Treuhänder übertragen werden. Gemäß §§ 192, 190 KO. erhält der GemSch. mit der rechtskräftigen Bestätigung des ZwVergleichs und der Aufhebung des Konk. das Recht zurück, über die KonkMasse frei zu verfügen, „soweit der ZwVergleich nicht ein Anderes bestimmt". Danach kann von der gesetzl. Regel, daß der GemSch. die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wiedererlangt, eine Ausnahme bestimmt werden. Eine solche Bestimmung beruht dann auf gerichtlich bestätigter Parteiübereinkunft (vgl. Jäger § 192 Anm. 1). Eine Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechts des Ermächtigenden in eigenem Namen und Interesse und auf eigene Gefahr und Kosten ist zulässig. Hier soll aber die Geltendmachung für Rechnung des GemSch. und im Interesse der KonkGl. erfolgen. Jedenfalls ist der ehemalige Verw. aktiv legitimiert, bezüglich der ihm überlassenen Teile der Masse Prozesse im eigenen Namen zu führen.

§ 193.

1. Absonderung und Zwangsvergleich. Jäger, LeipzZ. 17, 523 ff. a) Der absonderungsberechtigte KonkGläubiger ist in der GlVersamml. zum Betrage seines mutmaßl. Ausfalls stimmberechtigt. Das gilt auch im ZwVergleichsverfahren. Dagegen kann er die ZwVergleichsrate erst beanspruchen, wenn sein wirklicher Ausfall feststeht,

mag auch die Rate vergleichsmäßig schon vorher verfallen. Nicht etwa darf er erst die Rate auf den vollen Betrag seiner Forderung beziehen und sich für den ungetilgten Rest aus dem Absonderungsgegenstande bezahlt machen. Dies gilt deshalb, weil der Gl. die Vergleichsrate nur in seiner Eigenschaft als KonkGl. zu beanspruchen hat. Die Streitfrage, ob im Beziehen der Rate für den vollen Forderungsbetrag ein Verzicht auf abgesonderte Befriedigung liegt, ist dahin zu beantworten: Der Gl. hat nach § 64 KO. die Wahl, Befriedigung als KonkGl. entweder für den bei Verwirklichung des Absonderungsrechtes erlittenen Ausfall oder für den Betrag des Verzichts auf abgesonderte Deckung zu beanspruchen. Ein Drittes gibt es nicht. Erhebt er also die Vergleichsrate, die ihm nur als KonkGl. gebührt, dann gibt er damit das Absonderungsrecht preis. Irrtum des Gl. über die rechtl. Tragweite der in der Annahme der Vollrate liegenden Willenserkl. bildet keinen AnfGrund i. S. des § 119 BGB. In Höhe der gezahlten Vollrate ist der persönl. Anspruch durch Erfüllung erloschen und besteht im übrigen als unerzwingbare, aber erfüllbare Forderung weiter.

b) S. 524. Daß der ZwVergleich weder für noch gegen Absonderungsberechtigte als solche wirkt, steht nach § 193 Satz 1 KO. fest. Zweierlei aber könnte fraglich sein: 1. ob auch streng abhängige Sicherungen teilweise erlassener KonkForderungen Art und Umfang bewahren, 2. ob einem dritten Pfandeigentümer trotz der §§ 1137, 1211 BGB. die Berufung auf die dem persönl. Schuldner aus dem ZwVergleich erwachsenen Einwendungen verwehrt bleibt. Nach beiden Richtungen soll der § 193 Satz 2 KO. in der auf der Nov. von 1898 beruhenden Fassung dem Zweifel vorbeugen. Die zugunsten einer KonkForderung bestehende Hyp. bleibt sonach trotz eines Teilerlasses der Forderung in voller Höhe als Hyp. bestehen, einerlei, ob sie auf einem zur Masse gehörenden oder auf einem fremden Grundstück lastet. Daß § 193 Satz 2 nur für die Haftung dritter Personen Bedeutung habe (Häberlein 38ff.), trifft nicht zu.

c) S. 525. Deckt das Absonderungsrecht Nebenansprüche, wie Zinsen und Kosten, so bleibt es auch insoweit vom ZwVergleich unberührt (vgl. LeipzZ. 16, 1414). Dagegen ist es streitig und zweifelhaft, ob der ZwVergleich die seit KonkBeginn laufenden Zinsen der ihm unterworfenen Hauptansprüche trifft. Im Zweifel ist nach dem Willen der Vergleichsparteien anzunehmen, daß diese Zinsen von dem Zwangserlasse der Hauptansprüche mitbetroffen werden.

2. GenBl. 17, 49. Aus einem Gutachten: Der durch Pfandrecht gesicherte Gläubiger kann beim ZwVergleich nur insoweit Berücksichtigung verlangen, als er entweder bei Versteigerung des Pfandgegenst. mit seiner Forderung ausgefallen ist oder auf Befriedigung aus dem Pfandgegenst. verzichtet. Die ZwVergleichsrate kann daher nur vom effektiven, nicht vom mutmaßl. Ausfall verlangt werden (vgl. **RG.** 78, 75).

Siebenter Titel. Einstellung des Verfahrens.

§ 204.

Dresden 30. 9. 16, JDR. 16 zu § 204 jetzt auch OLG. 35, 265, SächsOLG. 38, 189.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

§ 209.

RG. 10. 10. 17, R. 17 Nr. 2093—95. In dem Konk. über eine off. HG. bildet das Gesellschaftsvermögen eine selbständige Vermögensmasse, zu der die Vermögensgegenstände des Privatvermögens der Gesellschafter auch dann nicht gehören, wenn sie für Forderungen gegen die Ges. verpfändet sind. Der Gl. ist im GesKonk durch § 64 KO. nicht gehindert, seine Forderung voll geltend zu machen.

§ 214.

1. Siber 95. Die Stellung des Nachlaßkonkursverw. ist wie die des Nachlaßverw. Aus §§ 164 Abs. 2 KO., 728 Abs. 2 ZPO. ist zu schließen, daß er im Prozeß nicht den Erben,

sondern den, mit der Masse nicht identischen Nachlaß vertritt. Der Erbe ist danach von der Prozeßführung ausgeschlossen und hat weder Aktiv- noch Passivlegitimation. Insoweit steht dem Verw. die Prozeßführung zu, sie wirkt entsprechend §§ 325, 327 ZPO. für und gegen den Erben. Bei Passivprozessen ist dies nur hinsichtlich des Anspruchs gegen den Nachlaß der Fall. Die Rechtskraft- und Vollstreckungswirkung des Tabelleintrags wirkt überhaupt nicht, wenn der Erbe im Prüfungstermin widersprochen hat.

2. LG. Darmstadt 18. 11. 16, HessRspr. 17. Berechtigt, Antrag auf Erteilung eines Erbscheins zu stellen (§ 2353 BGB.), ist jeder, der kraft eigenen Rechts oder infolge eines übertragenen Amts zur Feststellung und Verwertung der Erbschaftsmasse berechtigt oder gar verpflichtet ist, insbesondere auch der Nachlaßkonkursverw. § 2353 ergibt nicht, daß nur der Erbe antragsberechtigt wäre. Ohne ein Antragsrecht der übrigen, oben genannten Personen ist im Rechtsverkehr schlechterdings nicht auszukommen. (Wird näher dargelegt.)

§ 226.

KG. 11. 4. 16, JDR. 15 zu § 226 jetzt OLG. 35, 265.

§ 237.

RG. 7. 11. 16; 89, 181, R. 17 Nr. 113. Ist über das Vermögen eines Sch. im Auslande und über sein Inlandsvermögen im Inlande Konk. eröffnet worden und ist im zweiten Konk. mit Genehmigung der GlVersamml. auf ein im Inlande befindliches Vermögensstück zugunsten der ausl. KonkMasse verzichtet worden, so sind die einzelnen Gl. nicht gehindert, mit ZwVollstreckungsmaßnahmen gegen dieses Vermögensstück vorzugehen. Insoweit enthält § 237 eine von der allg. Best. des § 14 abweichende Sondervorschrift.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

§ 240.

1. Allgemeines. Dresden 25. 10. 16, LeipzZ. 17, 355. Hat derjenige, über dessen Vermögen als das des Alleininhabers eines Handelsunternehmens das KonkVerf. eröffnet worden ist, dieses Unternehmen als ein zuvor von ihm als Mitglied einer off. HG. betriebenes Unternehmen fortgeführt, so kann die KonkEröffn. mittelbar auch diesen letzteren, wenngleich auf anderer Rechtslage beruhenden kaufmännischen Betrieb ergreifen, sofern die Vermögenslage, aus der die KonkEröffn. hervorgegangen ist, mit dem früheren Geschäftsbetriebe des GemSch. noch tatsächlich in Zusammenhang oder in Verb. steht, insbesondere z. B. zur Zeit der KonkEröffn. noch nicht eine völlige Befriedigung der aus der früheren Geschäftszeit herrührenden Forderungen stattgefunden hatte (**RG.** (Strafs.) 15, 66; 35, 83f.; 41, 428f., DJZ. 03, 346). Beim Vorhandensein dieser Beziehung ist die KonkEröffn. strafbegründend auch für die in die frühere Geschäftszeit fallenden Bankerutthandlungen (§§ 239, 240 KO.), denn nach der die Strafnormen der KO. beherrschenden Vorstellung kann dann auch noch bei der späteren KonkEröffn. eine Gefährdung oder Verkümmerung der Rechte der Gl. aus der früheren Geschäftszeit in Betracht kommen, wennschon ein ursächl. Zusammenhang zwischen den Bankerutthandlungen und der Konk.-Eröffn. nach der feststehenden Rechtspr. des RG. (**RG.** 39, 166) nicht zu fordern ist. Die Einheit der KonkEröffn. bildet, gleichgültig wie viele und wie verschiedene Bankerutthandlungen sich zugetragen haben, das diese umfassende, die Identität und Einheit der Handlung bestimmende Merkmal. Die verschiedenen einzelnen Vorgänge sind nur Erscheinungen und Richtungen der nämlichen einen Straftat, bloße Bestandteile derselben, nicht aber selbständige, zu einer Konkurrenz nebeneinander fähige Straftaten (**RG.** (Strafs.) 11, 252; 38, 319).

2. Zu Nr. 1. **RG.** 24. 11. 16, R. 17 Nr. 323. Verbrauchen übermäßiger Summen bedeutet nichts anderes als verausgaben. Ob an die Stelle der verbrauchten Summe Gleichwertiges, Minderwertiges oder Unverwertbares getreten ist, darauf kommt es nicht an, sondern darauf, daß die Ausgabe für Überflüssiges oder Nichtübliches erfolgt ist (Ankauf

einer wertvollen Villa, von Kunstwerken, Altertümern usw.). Kaufmännische Spekulationsgeschäfte fallen nicht unter den Begriff des Aufwandes; solche stehen aber da nicht in Frage, wo Anschaffungen zu Luxuszwecken gemacht werden, auch wenn die Absicht späterer gewinnbringender Verwertung der angeschafften Gegenstände besteht. Die Prolongation eines Differenzgeschäfts ist regelmäßig wieder Differenzgeschäft.

3. Zu Nr. 3. **RG.** 20. 6. 16, SächsRpflA. 17, 61. Der GemSch. hat 1910, 1911 und 1912 überhaupt keine Handelsbücher geführt. Dieser Mangel bestand noch fort, als im Mai 1914 zu seinem Vermögen der Konk. ausbrach; er hat auch nicht dadurch beseitigt werden können, daß der Angekl. mit dem 1. 11. 1913 kaufm. Bücher eingerichtet und seitdem ordnungsmäßig geführt hat. . . Die kaufm. Buchführung soll nicht bloß den rein rechnungsmäßigen Aktiv- und Passivbestand des Geschäfts zur Anschauung bringen; sie soll vielmehr durch eine Darstellung der einzelnen Geschäftsvorfälle zugleich eine Übersicht über die Entwicklung des Geschäfts ermöglichen und die Umstände ersehen lassen, die zu der jeweiligen Gestaltung der Vermögenslage des Sch. geführt haben. Es hätte einer näheren Begr. bedurft, wie eine solche Übersichtsmöglichkeit durch eine Buchführung gewährleistet sein konnte, die sich nur auf einen Zeitraum von etwa sieben Monaten unmittelbar vor der KonkEröffn. erstreckte und für die weiter zurückliegenden Vorgänge im Geschäftsbetriebe des Angekl. keinerlei Aufschluß bot (vgl. **RG.** (Straff.) 39, 217; 49, 276).

4. Zu Nr. 3 und 4. **RG.** 24. 5. 17, JW. 17, 859, LeipzZ. 17, 1088, R. 17 Nr. 1535/7. Bedient sich der Kfm. bei der Buchführung der Hilfe anderer, so haftet er für sorgfältige Auswahl und Überwachung; schuldhafte Verletzung der Sorgfaltspflicht macht ihn strafbar. Die Fahrlässigkeit wird nicht notwendig dadurch ausgeschlossen, daß die Buchführung eines ungeeigneten Buchhalters durch einen Revisor nachgeprüft wird. Zur Strafbarkeit wird erfordert, daß die Handelsbücher einem sachverständigen Dritten nicht ermöglichen, eine Übersicht über die Gesamtvermögenslage des GemSch. zur Zeit der KonkEröffn. zu gewinnen. Dabei kommt die Buchführung als Ganzes in Betracht. Die Bilanz bildet nur einen Teil der Buchführung und ihre Mängel können aus § 240 Nr. 3 die Strafbarkeit nur dann begründen, wenn sie auf die Buchführung im ganzen derart einwirken, daß die Übersicht unmöglich ist. Während also im Falle des § 240 Nr. 4 die Unterlassung der Bilanzziehung nicht wieder dadurch ausgeglichen werden kann, daß in späteren Jahren rechtzeitig richtige Bilanzen gezogen werden, ist es denkbar, daß bloße Mängel früherer Bilanzen die Vermögensübersicht im Zeitpunkt des Konk. nicht mehr hindern und für § 240 Nr. 3 überhaupt nicht in Betracht kommen.

Anfechtungsgesetz.

§ 1.

1. Anfechtung und § 864 Abs. 2 ZPO. Geib, AZivPr. 115, 58ff. bespricht das Wesen der Anfechtung im Anschluß an die mehrfach erörterte Frage, wie sich die vom AnfGl. betriebene ZwVollstr. in ein Grundstück zu gestalten hat, an dem ein bisheriger Miteigentümer das Alleineigentum dadurch erwirbt, daß ihm das Anteilsrecht des Schuldners in anfechtbarer Weise übertragen wird.

a) Nach der herrsch. Lehre entsteht hier infolge § 864 Abs. 2 ZPO. eine Schwierigkeit. Eine Verurteilung des AnfGegners zur Duldung der Vollstr. in die von ihm erworbene Miteigentumsquote würde dem Gl. nichts nützen. Denn die Vollstr. in den Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks ist undurchführbar. Im S. der herrsch. Meinung wäre hier die Rückauflassung der anfechtbar erworbenen Miteigentumsquote an den HauptSch. notwendig. Das würde aber weit über die Zwecke der Anf. hinausgehen.

b) Die Ansicht, daß die Befugnis des Gläubigers zur ZwVollstr. in den anfechtbaren Erwerb auf einer gegenständlich beschr. Haftung des AnfGegners beruht, ist gegenüber

§ 864 Abs. 2 ZPO. nicht haltbar. Auch bei diesem Standpunkte würde der AnfGegner als VollstrSch. in Anspruch genommen werden müssen und dann würde § 864 der Vollstr. in einen Bruchteil wieder entgegenstehen. Die Lösung der Schwierigkeiten läßt sich nur dadurch finden, daß die VollstrBefugnis des Gl. auf einer mangelnden Widerstandsfähigkeit des anfechtbaren Erwerbs gegenüber dem Zugriff des Gl. beruht. Der Zweck der Anf. läßt sich nur erreichen, wenn dem Gl. die Vollstr. noch in derselben Weise möglich ist, wie wenn der wegveräußerte Teil noch im Vermögen des HauptSch. wäre. Das Hindernis, welches durch § 864 im allgemeinen der ZwVerst. in einen Bruchteil des Grundstücks entgegengesetzt wird, wird durch § 1 AnfG. weggeräumt.

c) Die dort ausgesprochene Unwirksamkeit der anfechtbaren Rechtshandl. besteht nicht sowohl im Verhältnis zur Person, als vielmehr lediglich zum VollstrRecht des Gl. gegen seinen HauptSch. Abgesehen von der Vollstr. muß auch der Gl., wie jeder andere, die Wirksamkeit des anfechtbaren Erwerbs anerkennen. Ist es dem Gl. tatsächlich gelungen, seine gegen den HauptSch. betriebene Vollstr. auch auf den anfechtbar veräußerten Grundstücksanteil auszudehnen, so ist dies wirksam. Die vorhergehende Durchführung der AnfKlage wird vom Ges. nicht verlangt. Die Verurteilung des AnfGegners durch die AnfKlage beseitigt aber jedes Recht des Gegners, der Vollstr. in den Bruchteil zu widersprechen. Die AnfKlage soll dem Gl. nicht einen VollstrTitel gegen den AnfGegner verschaffen, sondern nur die Unwirksamkeit des anfechtbaren Erwerbs feststellen. Es gibt keine Doppelvollstreckung gegen den HauptSch. und den AnfGegner, sondern nur e i n e Vollstr. gegen den HauptSch. Von diesem Standpunkte aus steht auch § 864 Abs. 2 der Vollstr. des Gl. nicht entgegen. Das ist vielmehr nur dann der Fall, wenn man eine besondere Vollstr. gegen den AnfGegner konstruieren will.

d) Klagt der Kl. gemäß § 7 AnfG., § 37 Abs. 2 KO. auf Geldersatz, so beruht diese Geldschuld des AnfGegners auf einer gesetzl. Garantiepflicht. Der Gl. kann auf Grund des erlangten VollstrTitels die Vollstr. in das gesamte Vermögen des AnfGegners, also auch in den anfechtbaren Erwerb, betreiben. Hierbei würde eine Vollstr. in den anfechtbar veräußerten Grundstücksanteil nicht stattfinden, sondern eine Vollstr. in das g a n z e Grundstück. Will der AnfGegner geltend machen, daß der Gl. auf Grund seines VollstrTitels gegen den HauptSch. noch in den anfechtbaren Erwerb vollstrecken könne, so muß er dies vor Ergehen eines Urteils tun. Sein Einwand geht dann dahin, daß die ihm vom Ges. auferlegte Garantieschuld noch nicht fällig geworden sei.

e) Gerade daraus, daß die Befugnis des Gl. zur Exekution in den anfechtbaren Erwerb auf der relativen Unwirksamkeit dieses letzteren, nicht auf einer Individualschuld oder der beschr. Haftung des AnfGegners für die Geldschuld des HauptSch. beruht, erklärt sich die Möglichkeit der Vollstr. in den anfechtbar wegveräußerten Grundstücksanteil, auch wenn dadurch der Erwerber Alleineigentümer geworden war. Der § 864 Abs. 2 ZPO. steht solcher Vollstr. nur im Wege, wenn sie sich gegen den AnfGegner richten, also diesen als VollstrSch. in Anspruch nehmen würde. Ist aber der anfechtbare Erwerb hier wie überall im Verhältnis zu dem gegen seinen HauptSch. vollstreckenden Gl. unwirksam, so kann solcher Erwerb in diese Vollstr. hereingezogen werden ganz so, wie wenn der Grundstücksbruchteil nicht veräußert und der Erwerber nicht als Alleineigentümer ins Grundbuch eingetragen worden wäre.

2. Natur des Anfechtungsanspruchs. **RG.** 12. 12. 16, LeipzZ. 17, 737, R. 17 Nr. 472. Der subsidiäre Charakter des AnfAnspruchs hat nicht die Bedeutung, daß der AnfAnspruch ausgeschlossen wäre, wenn dem AnfKl. noch ein anderer, zu seiner Befriedigung geeigneter Anspruch gegen den AnfBekl. zusteht.

3. Verzicht auf Anfechtung. Hamburg 29. 1. 14, OLG. 35, 266. Ein Gl., der anficht, nimmt nicht das Interesse der gesamten Gläubigerschaft, sondern nur sein eigenes wahr. Ein Verzicht auf die Anfechtung ist zulässig. Er ist darin zu finden, daß der Gl. dem angefochtenen Vertrage in Kenntnis der Sachlage zugestimmt hat.

4. Anfechtbarkeit und unerlaubte Handlung. a) KG. 10. 3. 17, KGBl.

17, 68. Liegt nur der Tatbest. des § 3 Nr. 1 AnfG. vor, dann tritt nur die von dem Gesetzgeber für diesen Tatbest. ausschließlich gewollte und festgesetzte Rechtsfolge, die Anfechtbarkeit nach Maßgabe des AnfG. als des Spezialgesetzes ein, und nicht daneben die Schadensersatzpflicht wegen unerl. Handl. nach den Regeln des BGB. (**RG.** 6, 143; 74, 226).

b) **RG.** 31. 1. 17, R. 17 Nr. 690. Geschäfte, die zur Benachteiligung der Gl. vorgenommen sind, können, sofern ihnen nicht noch aus anderen Gründen Sittenwidrigkeit anhaftet, nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten als nichtig angesehen werden.

5. **RG.** 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1485. Hat ein Pfändungsgl. nach Einwilligung des Sch. einen Gerichtsbeschluß erwirkt, durch den der GV. ermächtigt wurde, die gepfändeten Sachen zu einem bestimmten Preise dem Pfändungsgl. zu übereignen, so ist bei Anf. der hiernach bewirkten Übereignung für die Frage der GlBenachteiligung auch das Pfandr. des Pfändungsgl. zu berücksichtigen, falls nicht auch dieses von der Anf. mitergriffen wird.

§ 2.

RG. 12. 12. 16, LeipzZ. 17, 546, R. 17 Nr. 273—276, WarnE. 17, 95. Die AnfKlage des dinglichen Gl. gegen eine nach § 1124 BGB. wirksame Mietzinspfändung verliert nicht dadurch hinterher ihre Grundlage, daß inzwischen zufolge Zuschlags im ZwVerstVerf. sein dingl. Recht untergegangen ist. Der dingl. Gl. ist durch § 2 AnfG. genötigt, die ZwVerst. zu betreiben, und kann durch den damit verbundenen Verlust seines dingl. Rechtes nicht die Möglichkeit der Anf. verlieren. Es kann dem Gl. auch nicht entgegen gehalten werden, daß noch andere Personen außer dem Grundstück persönlich haften. Haftet der VollstreckungsSch. nur mit dem Grundstück, so setzt die Anfechtung nur die Unzulänglichkeit des nach der anfechtbaren Teilentziehung übrig bleibenden Haftungsgegenst. voraus. Es genügt also der Nachweis, daß die Vollstr. in das Grundstück erfolglos war.

§ 3.

I. Benachteiligung.

1. **RG.** 6. 2. 17, R. 17 Nr. 689. Der Anf. unterliegen auch nichtige Geschäfte, wenn daraufhin eine die Gl. benachteiligende Veränderung nach außen hin vorgenommen worden ist.

2. **RG.** 5. 1. 17, LeipzZ. 17, 738. Die Verhältnisse, wie sie z. Z. des angefochtenen Geschäftsabschlusses bestanden, sind zwar maßgebend, wenn ein Anfechtungsanspruch auf Grund des § 3 Nr. 2 AnfG. erhoben ist. Denn in diesem Falle erfordert der Anfechtungstatbest. des Ges. eine unmittelbare, durch das angefochtene Geschäft herbeigeführte Benachteiligung der Gläubiger. Vorl. handelt es sich aber um einen Anfechtungsanspruch nach § 3 Nr. 1. In solchem Fall genügt objektiv eine mittelbar auf das angefochtene Geschäft zurückzuführende GlBenachteiligung. Diese liegt schon vor, wenn vom Standpunkt z. Z. der Anf. aus anzunehmen ist, daß das ihren Gegenst. bildende Geschäft die Möglichkeit einer Befriedigung der Gl. verschlechtert hat (Falkmann, ZwVollstr. (2) S. 498, Jäger, KO. (5) § 29 Anm. 47).

3. a) Hamburg 26. 1. 17, HansGZ. 17 Bbl. 145, JW. 17, 616, LeipzZ. 17, 1284, OLG. 35, 266. Zur rechtswirksamen Begr. der Grundsch. und Hyp. genügte ihre Zuschreibung im Grundbuch nicht, sondern es war außerdem gemäß § 873 BGB. die „Einigung" der Vertragsparteien „über den Eintritt der Rechtsänderung" erforderlich. Trotzdem ist anzunehmen, daß schon in dem Augenblick, als die Grundsch. und Hyp. den Bekl. im Grundbuch zugeschrieben wurden, i. S. des AnfG. „verfügt" war. Denn mochten auch diese Zuschreibungen noch nicht rechtsgültig sein, so waren sie doch nicht ohne jede rechtl. Wirksamkeit; sie konnten nur mit Einwilligung der Erwerber wieder rückgängig gemacht werden, beeinträchtigten nach außen hin den Wert der Grundstücke und die Zugriffsmöglichkeit für die Gl. und waren geeignet bei einer Weiterveräußerung in der Hand gutgläubiger Erwerber vollwirksame Belastungen zu werden. Wenn nun sogar Scheingeschäfte den Gegenstand einer Anf. bilden können, so erscheint es nur folgerichtig, auch recht-

lich unwirksame Hypotheken- und Grundschuldzuschreibungen schon als „Verfügungen“ i. S. von § 3 AnfG. zu behandeln, obwohl sie einen Übergang von Vermögenswerten in Wahrheit nicht zur Folge gehabt haben. Die Verurteilung bei erfolgreicher Anfechtung geht auf Duldung der ZwVollstr. in die dingl. Rechte jedenfalls dann, wenn es sich um Grundsch. oder Eigentümergrundsch. handelt, also eine persönl. Forderung nicht in Frage kommt. Andernfalls mag es fraglich sein, ob nicht nur auf Unwirksamkeitserklärung der Zuschreibung zu erkennen ist.

b) Dazu Jäger, JW. 17, 616 Anm. 1. Die Anfechtbarkeit der Umschreibung wird mit Recht angenommen. Folgt aber der Eintragung die Einigung, so ist erst damit die benachteiligende Rechtshandlung abgeschlossen und das ist für die Fristberechnung des § 3 Nr. 3 entscheidend (vgl. **RG.** 88, 217).

4. Insbesondere die Anfechtung von Mietverfügungen (vgl. auch JDR. 16 zu § 3 II 2). a) **RG.** 10. 10. 16, LeipzZ. 17, 46. Den Gegenstand der auf § 3 Nr. 1 AnfG. gestützten Anfechtung bildet eine ZwVollstrHandl., nämlich die Pfändung und Überweisung von Mieten. Zwar bezeichnet die Kl. als Gegenstand der Anf. auch die Unterwerfung des Sch. unter die sofortige ZwVollstr. Diese kann aber jedenfalls für sich allein nicht angefochten werden, denn nach § 7 AnfG. ist die AnfKlage darauf gerichtet, daß dasjenige, „was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Sch. veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde“; durch die bloße Gewährung des VollstrTitels ist aber eine Verminderung des Vermögens des Sch. noch nicht erfolgt, sondern erst durch die Vollstr. selbst. Nun sind zwar nach §§ 1, 3 AnfG. nur „Rechtshandlungen“ des Schuldners anfechtbar und regelmäßig werden gegen ihn gerichtete VollstrHandl. nicht als von ihm ausgehende Rechtshandl anzusehen sein. Eine Ausnahme wird jedoch in ständiger Rechtspr. für den Fall anerkannt, daß die VollstrHandl. erst durch bewußtes Zusammenwirken des Sch., der dabei von der Absicht, seine Gl. zu benachteiligen, geleitet wird, und des Gl., der unter Kenntnis dieser Absicht den VollstrAntrag stellt, ermöglicht wird. Letzteres trifft zu, wenn die Vollstr. auf einer Urkunde beruht, in der sich der Schuldner freiwillig der sofortigen ZwVollstr. für eine bestehende Schuld unterwirft. Die Ausstellung einer solchen Urkunde stellt nicht ein Erfüllungsgeschäft, sondern einen Teil der sog. inkongruenten (unstimmigen) Deckung dar. Für die erfolgreiche Anf. ist es ausreichend, wenn dem Gläubiger erst zu der Zeit des von ihm gestellten VollstrAntrages die Benachteiligungsabsicht des Sch. bekannt geworden war (**RG.** 69, 163; 47, 223; 55, 322, GruchotsBeitr. 50, 1122 u. 1145).

b) **RG.** 12. 12. 16, LeipzZ. 17, 546, R. 17 Nr. 275/6. Mietzinsabtretung ist dem HypGläubiger gegenüber stets eine Benachteiligung, wenn nicht ein gleichwertiger, zugriffsfähiger Vermögenswert an Stelle der Mieten tritt. Es kommt nicht darauf an, ob der vom dingl. Gläubiger in der ZwVerst. erlittene Ausfall ohne die angefochtene Pfändung um den Betrag der Mieten geringer gewesen wäre.

Läßt der Schuldner abredegemäß für eine erst später fällige Darlehnsschuld sofort VollstrBefehl und Pfändung über sich ergehen, so greift die Anfechtung nach § 3 Nr. 1 AnfG. Platz.

c) KG. 10. 3. 17, KGBl. 17, 68. Nach der ständigen Rechtspr. des RG. (Gruchots Beitr. 49, 962; 51, 1107, JW. 08, 567, **RG.** 64, 339, WarnE. 11, Nr. 469, 14 Nr. 162, LeipzZ. 16, 1027) werden persönl. Gl. des Grundstückseigentümers dadurch, daß dieser die Grundstückseinkünfte einem anderen zuwendete, nur insoweit benachteiligt, als von den Miets- und Pachtzinsforderungen ein Überschuß über die HypZinsen und sonstigen notwendigen Ausgaben für das Grundstück bleibt. Dies beruht darauf, daß die Hyp. nach § 1123 BGB. sich auf die Miet- und Pachtzinsen erstrecken und die HypGläubiger ein Vorrecht auf Befriedigung aus ihnen vor den persönl. Gl. haben; was von den persönl. Gläubigern des Grundstückseigentümers gilt, muß aber auch von denen des Nießbrauchers gelten, da, auch wenn ein Nießbrauch besteht, das Vorrecht der voreingetragenen Hyp. bezüglich der Mietzinsen begründet ist.

II. Kenntnis der Benachteiligungsabsicht.

1. **RG.** 27. 3. 17, LeipzZ. 17, 860, WarnE. 17, 202. Es ist erwiesen, daß der AnfSch. für den tatsächlich eingetretenen Fall, daß dem Zeugen die ihm aufgetragene Beschaffung größerer Mittel nicht gelingen sollte, die Benachteiligung der HypGl. gewollt hat und daß der Bekl. diese Willensrichtung des Sch. auch erkannt hat. Nach feststehender Rechtspr. des RG. rechtfertigt aber auch ein solcher für einen bestimmten vorhergesehenen Fall bestehender Benachteiligungswille auf seiten des veräußernden Sch., und dessen Kenntnis auf seiten des Erwerbers die Anw. des § 3. . . . Gegenüber der Meinung der Revision, daß eine Benachteiligungsabsicht des Sch. deshalb ausgeschlossen sei, weil die Darlehnsvaluta an die HypGl. hätte abgeführt werden sollen, sei nur darauf hingewiesen, daß ein den abgetretenen Mietzinsen gleichkommender Betrag gar nicht an die HypGl. abgeführt werden konnte, weil Sch. unbestritten in Wirklichkeit nicht den Betrag des Darlehns in voller Höhe zur freien Verfügung ausbezahlt erhielt.

2. **RG.** 23. 2. 17, R. 17 Nr. 913. Nicht jede Kenntnis der bedrängten Lage des Sch. bedeutet Kenntnis einer Benachteiligungsabsicht, zumal nicht bei einem HypGl., der zur Rettung seiner Hyp. das Grundstück erwirbt.

3. Bei inkongruenten Deckungsgeschäften. **RG.** 24. 4. 17, HansGZ. 17 Bbl. 292. Mit der wiederholten Ausführung des RG., daß bei inkongruenten Deckungsgeschäften regelmäßig schon dann der Benachteiligungswille als dargetan anzusehen ist, wenn der Schuldner die Benachteiligung der Gl. als notwendige Folge der Deckung erkannt hat, ist kein allg. gültiger Rechtssatz, sondern nur ein Erfahrungssatz ausgesprochen. Sache des Tatrichters ist es, danach den Einzelfall zu entscheiden (vgl. **RG.** 57, 161). Ähnlich bei Mietsabtretungen KG. 14. 6. 17, KGBl. 18, 6, KG. 2. 11. 16, SeuffA. 72, 89 bei Mietspfändungen auf Grund vollstreckb. Schuldurkunde.

4. Im Falle der Ziff. 2. **RG.** 1. 5. 17, JW. 17, 718, R. 17 Nr. 1486. Die Kl. hat einen von ihrem Sch. mit den Bekl. abgeschlossenen Vertrag angefochten, durch den diese Waren des Sch. im Werte von etwa 14000 M. übertragen erhalten haben. Die Vorschr. des § 3 Nr. 2 AnfG. beruht auf der Erwägung, daß Verträge zwischen nahen Angeh., durch die die Gl. eines demnächst in Vermögensverfall geratenden Sch. benachteiligt werden, in der Regel, in der den Angeh. bekannten Absicht des Sch., seine Gl. zu benachteiligen, abgeschlossen werden, und daß in solchen Fällen dem Angeh. eine von ihm zu widerlegende Vermutung entgegensteht. Es ist ihm überlassen, diese Vermutung durch die Führung des fast stets sehr schwierigen Beweises seiner Nichtkenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Sch. zu entkräften. Es genügt daher nicht die Feststellung, die Umstände rechtfertigten nicht die Annahme, daß die Bekl. die Lage ihres Bruders für irgendwie ernstlich gefährdet angesehen hätten; denn nicht um die Begr. einer solchen Annahme, sondern um den Nachweis des Gegenteils handelte es sich. Die Sachlage ergibt auch die Möglichkeit, daß die Bekl. von dem Sch. selbst, oder von dritter Seite, Ungünstiges über seine Vermögenslage in Erfahrung gebracht oder eigene Wahrnehmungen dieser Art gemacht haben; diese Möglichkeit muß von den Bekl. widerlegt werden. Ebenso haben sie den Beweis zu führen, daß sie auch von einer etwaigen bloß eventuellen Benachteiligungsabsicht des Sch. keine Kenntnis gehabt haben.

§ 7.

1. Klageantrag bei Hypothekenanfechtungen. a) König, SächsRpflA. 17, 361 ff. Wird die Bestellung einer Hyp. außerhalb des KonkVerf. angefochten, so haben Klageantrag und Urteilsspruch zu lauten: 1. wenn der Sch. noch Eigentümer des anfechtbar belasteten Grundstücks ist und sich die Anf. richtet a) gegen die Begr. der durch die Hyp. gesicherten Schuld: der AnfGegner hat ihm wegen seines näher bezeichneten Anspruchs die durch die Hyp. gesicherte Forderung an den Sch. zur ZwVollstr. bereitzustellen. b) gegen die Bestellung der Hyp. allein: der AnfGegner hat ihm gegenüber von der Hyp. keinen Gebrauch zu machen oder die ZwVollstr. wegen des näher bezeichneten Anspruchs

in das Grundstück des Sch. ohne Rücksicht auf seine Hyp. geschehen zu lassen, 2. wenn der Sch. nicht mehr Eigentümer des anfechtbar belasteten Grundstücks ist und sich die Anf. richtet a) gegen die Begr. der durch die Hyp. gesicherten Schuld: wie unter 1a, b) gegen die Bestellung der Hyp. allein: der AnfGegner hat ihm wegen des näher bezeichneten Anspruchs — entsprechend dem Werte der Hyp. — Ersatz zu leisten durch Zahlung von . . . . M. Der AnfAnspruch kann nicht durch Vormerkung oder Widerspruch, sondern nur durch Veräußerungsverbot geschützt werden.

b) Vgl. auch zu § 3 I 3a.

2. Umfang der Rückgewähr. Kassel 7. 5. 14, OLG. 35, 268. Wird dem Anf-Gegner vom Sch. eine Forderung zur Sicherung abgetreten, die dessen Ansprüche übersteigt, und hat der Sch. einen nicht zur Deckung des Fiduziars notw. Teil der Schuld eingezogen, so haftet der Fiduziar nicht für den vollen Betrag der Schuld, sondern nur für den an ihn gezahlten Teil. Der Begriff des Vermögens nach § 7 muß auch nach wirtschaftl. Gesichtspunkten bestimmt werden. Ferner war die Rückgewährpflicht erfüllt, als der Sch. einen Teil des Anspruchs einzog und damit andere Gl. befriedigte.

3. Mehrheit von veräußerten Gegenständen. Celle 9. 12. 14, OLG. 35, 270. Bei einer Mehrheit anfechtbar veräußerter Gegenst. kann der Gl. alle beanspruchen, aber nur bis zu und zum Zweck seiner Befriedigung. Auch wenn der Wert der Sachen seine Forderung übersteigt, braucht er seinen Zugriff nicht auf einzelne, zu seiner Befriedigung ausreichende Sachen zu beschränken. Die Grenze findet das Recht des Gl. in § 226 BGB.

§ 13.

RG. 6. 2. 17, ElsLothJZ. 17, 243, JW. 17, 476, R. 17 Nr. 691. Ohne die Bestimmung des § 13 Abs. 4 AnfG. würde den Einzelgl., die nach KonkBeendigung AnfRechte ausüben, aus der Aberkennung eines vom Verw. erhobenen Anspruchs nicht die Einrede der Rechtskraft entgegengehalten werden können. Denn es fehlt die zur Begr. der Einrede erforderliche Identität der Personen des vorliegenden und des entschiedenen Rechtsstreits. Der Verwalter ist weder Vertreter der Gl. noch sind diese nach Konkursbeendigung seine Rechtsnachfolger. Ist im Vorprozesse die Nichtigkeit eines Geschäfts wegen Scheins und seine Anfechtbarkeit verneint worden, so müssen sich die später klagenden Einzelgl. die Rechtskraft des früheren Urteils in Höhe der dort geltend gemachten Forderung entgegenhalten lassen. Jäger a. a. O. Fußnote tritt dieser Entsch. bei, soweit es sich um den Umfang der Rechtskraft handelt. Dagegen meint er, daß die dem Verw. gegenüber ausgesprochene Verneinung der Nichtigkeit von der Rechtskrafterweiterung des § 13 Abs. 4 AnfG. unberührt bleibe. Es ist im Vorprozeß offenbar wie üblich die Klage auf Nichtigkeit und in zweiter Reihe auf Anfechtung gestützt worden. Dann gilt § 13 Abs. 4 nur für die Entsch. über das zweite Klagefundament.

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1.

Schrifttum: Josef, Der Parteibegriff in der freiw. G., ZBlFG. 18, 188. — Derselbe, Die Inventarfrist bei genehmigungspflichtigem Erwerb einer jurist. Person, BadRpr. 17, 118. — Cohn, Ist die Genehmigung einer Familienstiftung eine Handlung der freiw. G?, DJZ. 17, 380. — Josef, Ist die Genehmigung einer Familienstiftung eine Handlung der freiw. G., R. 17, 315. — Frommhold, Rechtl. Natur der Genehmigung von Familienstiftungen, JW. 17, 706. — Höniger, Riskante Rechtsausübung, Tübingen 1917. — Josef, Die privatorische Klausel in Testamenten, ElsLothNotZ. 17, 169. — Schack, Staatsaufsicht über Privatstiftungen, ThürBl. 43, 331.

Inhaltsübersicht.

I. Kriegsrecht (JDR. 15 unter I). 1. BRVO. v. 8. 3. 17 (RGBl. 219) über die freiw. G. und andere Angel. in Heer und Marine; s. zu § 27 unter 1, zu § 176 unter 2 und zu § 183 unter 2. Dazu a) Rausnitz, DJZ. 17, 419; b) Dronke, JW. 17, 499; c) Marcus, ZBlFG. 17, 513, Josef, R. 17, 377.

2. (Gegenmoratorium, JDR. 14 unter 2 und zu § 89). a) AG. Stuttgart Stadt 24. 8. 15 (WürttZ. 58, 348, ZBlFG. 17, 442 Nr. 481a. Hat der, der den Antrag auf amtliche Vermittlung der Erbauseinandersetzung stellt, seinen Wohnsitz im Auslande (Brüssel), so ist er mit der Durchführung seines Anspruchs auf Grund der BRVO. v. 7. 8. 14 ausgeschlossen. Auch mit dem Antrag aus § 86 FGG. wird ein vermögensrechtl. Anspruch geltend gemacht. Dabei bewendet es auch dann, wenn der Antragsteller selbst Deutscher ist.

b) KG. 15. 2. 17, OLG. 34, 199. Eintragung von Hypotheken für Ausländer bei Unterwerfung des Eigentümers unter die Vollstreckungsklausel zulässig. Der Gesichtspunkt der Vorbereitung einer verbotenen ZwVollstr. kommt hier nicht in Betracht, weil es sich hier nicht um die Durchsetzung des Gläubigerverlangens gegen den Willen des Schuldners handelt.

c) KG. 23. 12. 15 (Sicherung des Nachlasses feindl. Ausländer, JDR. 15 unter I 2) jetzt auch OLG. 34, 271.

3. KG. 12. 5. 16, RJA. 15, 99, R. 17 Nr. 1285, ZBlFG. 18, 49. Bei Behinderung des Vormundes an der Erhebung der Unterhaltsklage gegen den Erzeuger ist dem Kinde ein Pfleger zu bestellen, auch wenn der Erzeuger Kriegsteilnehmer ist. Ob die Bestellung eines Kriegsvertreters für den Bekl. nach der VO. v. 14. 1. 15 (RGBl. 17) vorzunehmen oder abzulehnen ist, hat nach Erhebung der Klage das ProzeßG. zu entscheiden. Im gegenwärtigen Verfahren ist für die Beantwortung dieser Frage kein Raum.

II. Begriff der freiw. Gerichtsbarkeit; ihr Verhältnis zur streitigen. 1. *Hoeniger, Riskante Rechtsausübung, schlägt einen neuen Ausbau der freiw. G. vor. Es sollen Organe geschaffen werden, die bei Ausübung von Gestaltungsrechten auf Grund von Werttatbeständen, wie z. B. der Kündigung gemäß § 626 BGB. wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes, das erforderliche Werturteil maßgeblich fällen. Dabei wird 22ff. der Begriff der freiw. G. als diejenige Tätigkeit von Staatsorganen definiert, die zur normalen Durchführung privater Rechte erforderlich ist.

2. Josef, ZBlFG. 18, 188. Alle jene Lehren, für deren Erörterung im Zivilprozeß der Parteibegriff der Ausgangspunkt ist, sind in dem Verfahren der freiw. G., in der ein fester Parteibegriff fehlt, nach der Besonderheit jeder einzelnen Angelegenheit zu entscheiden. Dabei ist Angelegenheit oder Sache die Erörterung der Frage, ob eine Handlung der freiw. G. vorzunehmen sei. Dieselbe Vormundschafts-, Nachlaß- oder Registersache ist nur die fortlaufende Quelle verschiedener selbständiger Angelegenheiten und Verfahren. In jeder von ihnen erfordern die Fragen nach der Ausschließung des Richters, der Zeugnisfähigkeit und -pflicht, dem Recht auf Bek. von Entscheidungen und der Beschwerdeberechtigung eine verschiedene Beantwortung, indem bald die Rücksicht auf die eine, bald die Rücksicht auf die andere in jedem Verfahren in Betracht kommenden Personen entscheidend ist. Derjenige, gegen den ein Verfahren der freiw. G. sich richtet, ist stets Partei mit den Folgen, die diese Rechtsstellung im Zivilprozeß hat; dagegen nimmt eine solche

Rechtsstellung nicht schon der ein, auf den ein Kreis von Rechten und Pflichten (z. B. als Vormund, Testamentsvollstrecker, Liquidator) übertragen wird. Insoweit eine dem Gericht obliegende Entscheidung die Rechtslage Mehrerer einheitlich zu regeln bestimmt ist (z. B. wenn der Vormund das Mündelgrundstück, der Mann das eingebrachte Grundstück der Frau verkauft hat und das VormG. jenen Vertrag genehmigen oder die Zustimmung der Frau ersetzen oder das RegG. auf Anregung des Verletzten im Ordnungsstrafverfahren wegen unberechtigter Firmenführung entscheiden soll) liegt eine gemeinschaftliche Sache dieser Mehreren vor, so daß Verwandtschaft des Richters mit dem Käufer oder Verletzten die Ausschließung bewirkt. Im echten Streitverfahren der freiw. G. haben stets beide Streitteile die der Parteistellung im Zivilprozeß entsprechende Rechtslage. — Vgl. zu § 6 und zu § 15 sowie zu § 16 unter 4.

3. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 173. Der durch eine ungerechtfertigte Eintragung im HandReg. Verletzte kann sein Recht auf Beseitigung der Eintragung sowohl im Verfahren der freiw. G., also durch Anträge beim RegG. und Beschwerde, wie auch durch Klage verfolgen. Die Entsch. des RegG. über die Zulässigkeit der Eintragung ist für das ProzeßG. nicht bindend, wie umgekehrt auch eine Entscheidung des ProzeßG. gleichen Inhalts das RegG. nicht bindet (JDR. 11 unter 9).

4. Vorprüfung des zu verfolgenden Anspruchs durch das VormG. bei der Pflegerbestellung, s. zu § 12 unter II 1.

III. Zuwiderhandlung gegen die privatorische Testamentsklausel durch Anträge beim Gericht der freiw. G. — Bindung des Gerichts durch Wünsche der Beteiligten.

1. Josef, ElsLothNotZ. 17, 169. Als Zuwiderhandlung gegen das Testament (Betätigung der Unzufriedenheit gegen die Anordnungen des Erblassers) kommen auch Anträge im Verfahren der freiw. G. in Betracht, so wenn der Erblasser die Auseinandersetzung für bestimmte Zeit ausgeschlossen hat (§ 2044 Abs. 1), auch der Antrag auf Auseinandersetzung (§ 86 FGG.), da hier das Gericht auch gegen den Willen der Erben mit vollstreckbarer Wirkung (§§ 91, 93, 98 FGG.) die Auseinandersetzung erzwingen kann. Ebenso liegt eine Zuwiderhandlung und hiermit der Fall der privatorischen Klausel vor, wenn ein Testamentserbe, der zugleich gesetzlicher Erbe geworden wäre, gegenüber dem Nachlaßgericht der Erteilung des testamentarischen Erbscheins widerspricht oder die Einziehung des auf Grund des Testaments erteilten Erbscheins als unrichtig (§ 2361) beantragt, weil der Testierer geschäftsunfähig gewesen sei oder weil eine Zuwendung als ein den guten Sitten widersprechendes Rechtsgeschäft nichtig sei, oder weil das Testament formungültig sei, oder wenn im Testament eine Pflegschaft aus § 1909 Abs. 1 Satz 2 beantragt ist, der Bedachte aber die so vom Erblasser verlangte Pflegschaft dem VormundschaftsG. gegenüber als ungesetzlich bezeichnet. In allen solchen im Verfahren der freiw. G. erfolgten Anträgen und Erklärungen ist die im Testament verbotene Zuwiderhandlung zu finden.

2. Winkler, ZBlFG. 18, 210. In den §§ 1776 Nr. 1, 2, 1782 (Benennung und Ausschließung eines Vormundes) ist die Beeinflussung des Gerichtes der freiw. G. durch Wünsche der Beteiligten ausdrücklich vorgesehen. Daraus folgt indes noch nicht zwingend, daß auch in anderen Fällen eine Berücksichtigung von Erblasserwünschen zulässig sei. Hier muß man unterscheiden zwischen Rechtsnormen, die im öffentl. Interesse gegeben sind, und solchen, die nur dem Zwecke der Beteiligten dienen. Erstere können nur mit ausdrücklicher Erlaubnis des Gesetzes beeinflußt werden. Bei anderen dagegen muß das grundsätzliche Nichteingehen auf berechtigte Wünsche befremdlich und unter Umständen als ein Akt von Bureaukratismus erscheinen. Zudem ist es ein alt überkommener Grundsatz, den letzten Willen eines Ebrlassers nach Möglichkeit zu ehren und auszuführen. Die Vorschrift des § 2262 ist weniger im öffentl. Interesse, als in dem der einzelnen Beteiligten gegeben. Daher ist z. B. das Nachlaßgericht verpflichtet, eine vom Erblasser verbotene Bekanntm. vom Testamentsinhalt zu unterlassen.

IV. Nichtigkeit von Verfügungen der freiw. G. einerseits und ihre bindende

Wirkung für andere Behörden andererseits. Bindung des Gerichts der freiw. G. an Prozeßurteile (JDR. 15 unter IV und VI).

1. Schack, GruchotsBeitr. 61, 863. Das RegG. kann nicht für die von ihm bestellten Vorstandsmitglieder (§ 29 BGB.) die Vergütung festsetzen. Vgl. Ziff. 3 zu § 29 BGB.

2. Schack, ThürBl. 43, 331. Hat das AG. dem Verein nach § 29 BGB. einen Vertreter bestellt, so steht dem ProzeßG. keine Prüfung zu, ob die Voraussetzungen der Bestellung vorhanden waren, ob z. B. ein dringender Fall vorgelegen oder der Antrag von einem „Beteiligten" gestellt war. Eine Ausnahme gilt nur, wenn in der Person des Bestellten ein Nichtigkeitsgrund vorliegt (er z. B. geschäftsunfähig ist) oder das Gericht sachlich unzuständig ist. Erst durch die Erledigung des Bestellungsbeschlusses fällt die bis dahin bestehende Legitimation des Bestellten fort.

3. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 25. Hat das RegG. gegen den Vermächtnisnehmer des Handelsgeschäfts ein Ordnungsstrafverfahren wegen unbefugten Firmenbrauchs eingeleitet, weil es in diesem Zeitpunkt das Recht zur Fortführung der Firma des Erblassers bezweifelte, hebt es demnächst aber auf den Einspruch des Vermächtnisnehmers die strafandrohende Vfg. auf, weil es die Firma als mitvermacht ansieht, so hindert die etwaige Rechtskraft dieser Verfügung den Erben nicht, vor dem ProzeßG. die Nichtigkeit des Vermächtnisses gegen den Firmeninhaber geltend zu machen. Denn den Gründen jener kommt Rechtskraft nicht zu; zudem ist die Verfügung lediglich eine ablehnende, keine rechterzeugende.

4. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 173 (Entsch. über die Zulässigkeit der Eintragung), s. oben unter II 4.

5. Wurzer, RheinZ. 9, 176. Der Prozeßvergleich kann auch vor einem Gerichte der freiw. G. geschlossen werden. Vgl. I 2 zu § 794 ZPO.

V. Wohlwollende Behandlung; offenbare Nichtigkeit und zweifelhafte Gültigkeit (JDR. 15 unter VII).

1. Rostock 3. 8. 15, OLG. 33, 369. Das VormG. hat die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts abzulehnen, wenn dessen Nichtigkeit offensichtlich ist. Bestehen dagegen nur Zweifel an der Gültigkeit, so hat es die Genehmigung auszusprechen und darf nicht durch ihre Versagung die Interessen des Mündels gefährden (Zweifel über die Rechtzeitigkeit der Erbschaftsausschlagung des Vaters).

2. Josef, BadNotV. Jahrg. 15 (1917), 48. Die Verpflichtung des NachlaßG., seine Tätigkeit so einzurichten, daß sie zur tunlichsten Forderung der Interessen der Beteiligten gereicht, kommt auch in Betracht für die Frage nach der Verpflichtung zur Eröffnung von Testamenten der Ausländer.

3. Josef, BadRpr. 17, 118. Grundsätzlich ist allerdings, wenn eine Handlung der freiw. G. in Frage steht, bezüglich deren rechtl. Zweifel über die Statthaftigkeit oder Zulässigkeit obwalten, diese Handlung (wofern bei ihr nicht etwa, wie bei Eintragungen, formale Gesichtspunkte in Betracht kommen) dann vorzunehmen, wenn ihre Vornahme niemanden Schaden bringen, während ihre Ablehnung bekannten oder unbekannten Beteiligten Nachteile bringen kann.

VI. Preußisches Landesrecht.

Fechner, ZBlFG. 17, 490. Die Befreiung von dem Alterserfordernis zur Annahme an Kindesstatt ist als Akt der Justizverwaltung (JDR. 15 VIII 5) gebührenfrei.

VII. Bayerisches Landesrecht. BayObLG. 22. 5. 17, BayNotV. 17, 365, ZBlFG. 18, 241. Die durch die BayNotGeschO. über die Urkundenverwahrungspflicht geregelten Verhältnisse gehören nicht zu den Angel. der freiw. G., die den Gerichten durch Reichsges. übertragen sind. Demgemäß und nach § 1 FGG. findet in Ansehung dieser Vorschriften ein Beschwerdeverfahren nach Maßgabe des FGG. überhaupt nicht statt, sondern nur die Dienstaufsichtsbeschwerde des Notars.

§ 2.

Schrifttum: Josef, Rechtshilfe bei der nachlaßgerichtl. Auseinandersetzung, ZBlFG. 18, 276.

I. Allgemein. Dresden 15. 3. 17, DJZ. 17, 690, ZBlFG. 18, 111 Nr. 91. Eine Vorschrift, daß die Gerichtsoffiziere im Felde für die Erledigung von Ersuchen um Rechtshilfe hinsichtlich der zum Heere gehörigen Personen zuständig sind, besteht nicht. Vielmehr ist nach § 1 Nr. 3 des Ges. v. 28. 5. 01 „im Felde", d. i. für die Dauer des mobilen Zustandes des Heeres . . ., auch den Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräten die Zuständigkeit für die Erledigung von Ersuchen um Rechtshilfe hinsichtlich der Militärpersonen des aktiven Heeres verliehen; § 1 Nr. 3 des Ges. erstreckt sich auch auf die Erledigung von Ersuchen in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten.

II. Vormundschaftssachen. Ermittlung des Erzeugers (JDR. 13 II 3). **RG.** 16. 11. 16, vgl. Ziff. 4 zu § 159 GVG.

III. Nachlaßsachen. 1. BayObLG. 1. 6. 17; vgl. Ziff. 1 zu §§ 1944, 1945 BGB. 2. a) KG. 24. 2. 16, KGJ. 49, 86, ZBlFG. 18, 125. Das Rechtshilfersuchen des NachlaßG. um Abhaltung des Verhandlungstermins im Erbauseinandersetzungsverfahren durch das ersuchte Gericht ist unzulässig. Es handelt sich beim Auseinandersetzungstermin nicht etwa um eine bloße Vernehmung der Beteiligten und eine Beurkundung ihrer Erklärungen, sondern um eine Verhandlung (§ 89), bei der das Gericht eine richterl. Tätigkeit zu entfalten hat, für die seine eigene Auffassung von den tatsächl. und rechtl. Verhältnissen von Einfluß ist. Diese Vermittlungstätigkeit kann nicht einem anderen Gericht übertragen werden, da das NachlaßG. hierfür ausschließlich zuständig ist. — Dagegen

b) Josef, ZBlFG. 18, 276. Das Ersuchen ist zulässig. Zwar kann bei der dem Nachlaßrichter innewohnenden besseren Sachkenntnis es angemessen sein, daß das NachlaßG. selbst den Termin abhält, um so die Auseinandersetzung zu vermitteln; aber derartige Zweckmäßigkeitserwägungen begründen kein gesetzl. Hindernis gegen die Zulässigkeit des Ers. Die Erledigung eines solchen Ers. ist dem ersuchten Gericht also nicht gesetzlich verboten, das Ers. kann folglich nicht abgelehnt werden. Wohl aber ist Voraussetzung der Zulässigkeit des Ers., daß sämtliche Beteiligte im Bezirk des ersuchten Gerichts wohnen, so daß dessen Gerichtsgewalt sich auf sämtliche Beteiligte erstreckt. Denn der Zweck des Termins — die Vermittlung der Auseinandersetzung — kann nur erreicht werden, wenn das ersuchte Gericht sämtliche Beteiligte vor sich laden kann. Wohnen nicht sämtliche Beteiligte im Bezirk desselben anderen Gerichts, so muß das NachlaßG. selbst den Verhandlungstermin anberaumen, wofern es nicht aus bloßem Entgegenkommen gegen die Beteiligten den Versuch machen will, die Aufhebung der Erbengemeinschaft durch bloßen Vertrag der Beteiligten herbeizuführen. In jedem Fall ist das Ersuchen um Übernahme des gesamten Auseinandersetzungsverfahrens abzulehnen, weil jede der dem Gericht in diesem Verfahren obliegenden Handlungen untereinander selbständig und hinsichtlich der Übertragbarkeit abgesondert zu beurteilen ist.

§ 5.

BayObLG. 19. 10. 16 (Zuständigkeit des BayObLG.), s. zu § 46 unter 3.

§ 6.

Schrifttum: Josef, Der Parteibegriff in der freiw. G., ZBlFG. 18, 188.

Josef a. a. O. a) im allgemeinen, s. zu § 1 unter II 2. b) Einzelheiten. Ist der Mündel ein Bruder des Richters, so ist die gerichtl. Obervormundschaft eine „Sache" des Mündels i. S. des § 6 Nr. 3 FGG., der Richter also ausgeschlossen. Wenn dagegen der Richter seinen Bruder als Vormund bestellt, so überträgt er ihm zwar hierdurch im allgemeinen Rechte und Pflichten; er handelt hiermit aber „in Sachen" seines Bruders, also in Sachen des Vormundes ebensowenig, als wenn er dessen Rechtshandlung geneh-

migt (§§ 1821, 1822); hier liegt vielmehr nur eine „Sache" des Mündels vor. Denn die Vfg. des Richters besagt hier nur, daß die Rechtslage des Mündels geändert werde, oder daß die Änderung abgelehnt werde; die Tätigkeit des Vormundes als eine dem Mündel ersprießliche oder nachteilige, ist gar nicht Gegenstand der Entsch. Daher kann er seinem zum Testamentsvollstrecker ernannten Bruder auch die Frist zur Amtsannahme bestimmen und über die zwischen diesem und dem Mitvollstrecker bestehende Meinungsverschiedenheit entscheiden (§§ 2203 Abs. 3, 2224). Ausgeschlossen ist er, wenn er dem Vormund, der sein Bruder ist, eine Vergütung zubilligen oder gegen ihn eine Ordnungsstrafe festsetzen soll. Der Richter, dessen Bruder Vormund oder Vater ist, ist ferner ausgeschlossen von der Volljährigkeitserklärung des Mündels oder Kindes. Sind Erben als Richters Kinder und Fremde und beantragen nur diese Fremden die Erteilung des Erbscheins oder die Sicherung des Nachlasses, so sind „Partei" auch des Richters Kinder; denn es liegt i. S. des § 6 Nr. 3 FGG. eine — einheitliche — „Sache" sämtlicher Erben vor. Beantragt dagegen ein Nachlaßgläubiger, daß das NachlaßG. den fremden Erben die Inventarfrist setze, so ist der Richter nicht ausgeschlossen, da diese Amtstätigkeit die Rechtslage seiner Kinder nicht beeinflußt. — Verwandtschaft der Erben mit dem Richter bewirkt dessen Ausschließung, auch, wenn sie die Erbschaft ausschlagen. Denn es besteht eine Pflicht des Gerichts, dem gegenüber die Erbschaftsausschlagung erklärt wird, seine örtl. Zuständigkeit zu prüfen, und wenn es sie verneint, die beantragte Aufbewahrung unter Bescheidung des Antragstellers abzulehnen. Die Ausschlagung ist also rechtswirksam erfolgt dadurch, daß das Schriftstück bei dem örtl. zuständigen Nachlaßgericht eingeht; von dieser Prüfung ist aber der Richter, der mit dem ausschlagenden Erben verwandt ist, ausgeschlossen. Ist des Richters Bruder Genosse, so schließt dies den Richter von der Amtstätigkeit betreffs dieser Genossenschaft keineswegs aus. Denn dasjenige Rechtssubjekt, in dessen Sache der Richter hier obwaltet, ist die Genossenschaft als juristische Person; jeder Genosse steht zu ihr, etwa wie ein selbstschuldnerischer Bürge, im Verhältnis eines Mitverpflichteten, wird also durch die Rechtslage der Genossenschaft unmittelbar wirtschaftlich mitbetroffen. Das rechtfertigt aber nicht den Schluß, daß eine „Sache" der Genossenschaft auch die „Sache" jedes Genossen sei. Hierauf deutet gerade die Verschiedenheit der Fassung der Nr. 1 von der der Nr. 3 des § 6 hin.

§ 7.

1. Rostock 29. 1. 17, MecklZ. 35, 274, OLG. 35, 16, ZBlFG. 18, 32. Auch die vor dem unzuständ. Gericht erklärte Erbschaftsausschlagung ist dann nicht unwirksam, wenn dieses als Nachlaßbehörde die Erklärung entgegengenommen hat (FDR. 14 unter 4).

2. KG. 26. 3. 15, OLG. 34, 266. Der § 7 gilt auch in Preuß. Fürsorgeerziehungssachen; der rechtskräftige Unterbringungsbeschluß eines unzuständ. Gerichts ist also wirksam.

3. Josef, ElsLothZ. 17, 69. Jeder bei einer Rechtsangelegenheit Beteiligte hat i. S. des § 20 ein Recht darauf, daß die Angelegenheit bei dem gesetzl. zuständ. Gericht behandelt wird; dieses Recht ist beeinträchtigt, wenn die Behandlung durch ein unzuständ. Gericht erfolgt. Insbesondere beeinträchtigt die Anordnung einer Pflegschaft durch ein unzuständ. Gericht das Recht des Pfleglings, wie das des Pflegers; diesem steht daher aus eigenem Recht wie auch als Vertreter des Pfleglings die Beschwerde gegen eine solche Anordnung zu, desgleichen dem Vater des Pfleglings, dessen Recht gleichfalls beeinträchtigt ist, wenn die in der Pflegschaftsanordnung liegende Einschränkung der elterl. Gewalt durch ein Gericht erfolgt, das hierzu nicht gesetzlich berufen ist. Dagegen steht die Mutter des Pfleglings, auch wenn sie die Pflegschaftsanordnung angeregt hat, hier nur jedem dritten gleich; durch die Pflegschaft seitens des unzuständigen Gerichts ist kein Recht der Mutter beeinträchtigt und es steht ihr hiergegen die Beschwerde nicht zu.

§ 12.

Schrifttum: Josef, Der Parteibegriff in der freiw. G., ZBlFG. 18, 188. — Derselbe, Die Prüfungspflicht des VormG. bei der Pflegerbestellung, WürttZ. 17, 241. — Meyersohn, Desgl., ZBlFG. 17, 484.

I. Allgemein. 1. BayObLG. 29. 8. 17, R. 17 Nr. 1886, ZBlFG. 18, 239. Amtswegige Ermittlungspflicht auch betreffs der örtl. Zuständigkeit, für deren Beurteilung daher die Erklärungen der Beteiligten nicht ohne weiteres genügen.

2. Stuttgart 10. 11. 16, R. 17 Nr. 106, ZBlFG. 17, 429. Die amtswegige Ermittlungspflicht gilt auch für das BeschwerdeG., auf das Entscheidungsrecht und -Pflicht in vollem Umfang übergehen.

3. BayObLG. 16. 3. 17, R. 17 Nr. 1138, ZBlFG. 18, 112. Kein Anspruch des Beschwerdeführers auf die Mitteilung des Vorlageberichts des AG.; er kann die Gründe, die dieses bestimmt haben, der Beschwerde nicht abzuhelfen, durch Einsicht der Akten erfahren.

4. KG. 22. 4. 15, OLG. 35, 349 und BayObLG. 11. 2. 16, OLG. 34, 329. Verpflichtung des BeschwerdeG. zur Mitteilung der Beschwerde an den Gegenbeteiligten nur, wenn neue Gesichtspunkte und das Interesse einwandfreier Feststellung dies erfordern (JDR. 13 I 8).

II. Vormundschaftssachen. 1. Prüfungspflicht des VormG. bei Pflegerbestellung (JDR. 13 II 1). a) Meyersohn, ZBlFG. 17, 484. Unerheblich für die Frage nach dem Bestehen des Rechtsschutzanspruchs ist es, ob zur prozessualen Geltendmachung des behaupteten Privatrechtsanspruchs gemäß § 1909 die Mitwirkung des VormG. in Gestalt der Pflegerbestellung erforderlich ist. Wollte man dem VormG. das Recht geben, die Begründetheit des behaupteten Anspruchs zu prüfen und evtl. die Pflegerbestellung abzulehnen, so würde der Staatsbürger in der Ausübung des Rechtsschutzanspruchs durch eine Behörde der freiw. G. behindert. Eine solche Befugnis des VormG. ist gesetzlich nicht festgesetzt; erst der bestellte Pfleger hat die Prüfung vorzunehmen, ob der Rechtsschutzanspruch des Pfleglings auszuüben ist.

b) KG. 31. 3. und 7. 4. 16, OLG. 33, 346. Die Pflegschaftsordnung hat nur zu unterbleiben, wenn der vom Pfleger geltend zu machende Anspruch offenbar unbegründet ist, und es ist hier dem Vormundschaftsgericht jede weitere Prüfung der Begründetheit des Anspruchs versagt.

c) KG. 3. 3. 16, eb. 351. Dem VormG. wird jenes Prüfungsrecht in sehr erheblichem Umfang, nämlich über die einzelnen Voraussetzungen des Anspruchs eingeräumt.

d) BayObLG. 8. 9. 15, R. 15 Nr. 2525. Die Verletzung der Unterhaltspflicht muß glaubhaft gemacht sein, die Pflegschaftsanordnung ist „nicht ohne Sachprüfung“ statthaft.

e) Josef, BoschersZ. 17, 241 (Würdigung der vier Entsch.). Die Behörden der freiw. G. haben die Amtspflicht, zur Begründung und Ausgestaltung von Rechten mitzuwirken; daher dürfen sie niemals mitwirken, wo eine Maßnahme der freiw. G. verlangt wird behufs Durchführung eines nicht vorhandenen Rechts. Daher hat das VormG. die Anordnung der Pflegschaft dann abzulehnen, wenn offensichtlich, also ohne jede Sachuntersuchung auf Grund der bloßen Angaben des Antragstellers, der zu verfolgende Anspruch nicht besteht, so z. B., wenn die minderjährige Tochter ihrer eigenen Angabe nach sich ohne die erforderliche elterl. Einwilligung verheiraten will und sie die Bestellung eines Pflegers zur Geltendmachung ihres angeblichen Anspruchs auf Aussteuer verlangt (§ 1621 Abs. 1). Das gleiche gilt, wenn für das Kind die Bestellung eines Pflegers zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen beantragt wird, während offenbar der Vater gänzlich vermögenslos und erwerbsunfähig ist. Andererseits steht dem VormG. keine Prüfung der Begründetheit des im Rechtsstreit zu verfolgenden Anspruchs zu; nach Wortlaut und Zweck der §§ 1909, 1913 hat es vielmehr nur zu prüfen, ob eine Vertretungsbedürftigkeit des Pfleglings (Verhinderung des gesetzlichen Vertreters) vorliegt. Dem VormG. steht daher nicht die Prüfung zu, ob der Vater eine Einrede aus § 1603 hat und ob die Tochter, die sich mit seiner Einwilligung verheiraten will, Anlaß hat, schon jetzt den Anspruch auf Leistung der Aussteuer gerichtlich geltend zu machen. Wohl aber hat das VormG. nach § 1909 festzustellen, ob seine Voraussetzungen vorliegen, d. h. ob eine Angelegenheit des Kindes überhaupt zu besorgen ist, ob z. B. der Vater seine Unterhaltspflicht tatsächlich

verletzt, und es kann bei dieser Prüfung Anlaß gewinnen, gegen den Vater aus § 1666 einzuschreiten.

2. KG. 15. 12. 16, OLG. 34, 262. Prüfungspflicht des VormG., ob der Interessengegensatz (§§ 1796, 1630) vorhanden ist.

3. BayObLG. 16. 2. 17, R. 17 Nr. 914, ZBlFG. 18, 27. Der Vormundschaftsrichter kann von der Vernehmung des angeblichen unehelichen Kindesvaters absehen, wenn sie ihm zwecklos erscheint, z. B. der Betreffende schon außergerichtl. hinreichend bestimmt die gegen ihn erhobenen Ansprüche bestritten hat.

4. BayObLG. 12. 10. 17, R. 17 Nr. 2082. Bei Ersetzung der Zustimmung des Mannes ist vom Anw. zu prüfen, ob eine persönl. Angelegenheit der Frau vorliegt; Verweigerung von Aufschlüssen seitens ihres Vertreters berechtigt nicht ohne weiteres zur Ablehnung.

5. Karlsruhe 30. 9. 16, OLG. 35, 341. Amtswegige Ermittlungspflicht im Verfahren btr. die Ersetzung der Zustimmung des Vormundes zur Eheschließung.

III. Nachlaßsachen. 1. KG. 30. 9. 15, OLG. 34, 320. Ermittlungspflicht des NachlaßG. über die Staatsangehörigkeit des Erblassers, wenn hiervon das Erbrecht abhängt.

2. Josef, ElsLothNotZ. 17, 169. Ist die Erbeinsetzung erfolgt unter der sog. privatorischen Klausel und regen die Erben mit der Behauptung, daß ein Miterbe durch Zuwiderhandlung gegen des Erblassers Anordnungen sein Erbrecht verwirkt habe, ohne ein Urteil des Prozeßgerichts beizubringen, die Einziehung des Erbscheins als unrichtig an, so hat das NachlaßG. gemäß § 12 FGG. von Amts wegen die die Unrichtigkeit des Erbscheins (also die erfolgte Verwirkung des Erbrechts ergebenden Tatsachen) zu ermitteln und die hierzu erforderlichen Beweise aufzunehmen; es hat sich also darüber schlüssig zu machen, ob die von den Beteiligten behaupteten Tatsachen eine Zuwiderhandlung gegen das Testament darstellen, die Verwirkung des Erbrechts zur Folge hat.

3. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 34. Das NachlaßG., bei dem die zunächst wirkungslose Ausschlagungserklärung des Vormundes einkommt, hat nach § 12 von Amts wegen zu ermitteln, ob die Genehmigung des VormG. erteilt ist; denn hiervon hängt es ab, ob es den nächstberufenen Erben von der Ausschlagung zu benachrichtigen und geeignetenfalls das Erbrecht des Fiskus festzustellen hat. Die amtswegige Ermittlungspflicht hat sonach zur Folge, daß das Nachlaßgericht sich unter Umständen nicht auf die bloße Aufforderung an den Vormund zur Einreichung der ergehenden Entscheidung des VormG. beschränkt, sondern daß es sich mit diesem in amtl. Verbindung setzt.

4. Josef, BadRpr. 17, 118 (JDR. 13 I 2). Behauptet der Nachlaßgläubiger, der die Bestimmung der Inventarfrist gegen die bedachte jur. Person beantragt, daß dieser die staatl. Genehmigung zum Erwerb der Erbschaft erteilt sei, so hat das NachlaßG. die Richtigkeit dieser Behauptung nach § 12 von Amts wegen zu untersuchen; jedoch kann es die Ermittlungstätigkeit beschränken auf die Aufforderung an den Gläubiger, eine behördl. Bescheinigung hierüber beizubringen, da die Feststellung nur dem privaten Interesse des Gläubigers dient.

IV. Registersachen. 1. KG. 24. 3. 16, RJA. 15, 121, R. 17 Nr. 1304, ZBlFG. 18, 65. Handelt es sich beim Antrag auf Liquidatorenbestellung um einen der im § 131 Nr. 1, 2, 4 HGB. aufgeführten Auflösungsgründe oder um eine Kündigung gemäß § 132 HGB., so hat der Registerrichter von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen — vorausgesetzt, daß im Falle des Durchgreifens des Auflösungsgrundes der Zeitpunkt der Auflösung in der Vergangenheit oder doch in naher Zukunft liegt.

2. KG. 1. 12. 16, RJA. 15, 140, R. 17 Nr. 1321, ZBlFG. 18, 80. Die Eintragung eines GenVersBeschlusses der Genossenschaft kann nicht abgelehnt werden wegen Anfechtbarkeit des Beschlusses, wenn die Anfechtungsfrist verstrichen und eine Anfechtungsklage nicht erhoben ist. Denn der Registerrichter ist nicht befugt, Personen zu schützen, die weder seines Schutzes bedürfen, noch ihn begehren. Das LG. hätte deshalb nach § 12

FGG. durch Anfrage bei der zuständ. Prozeßabteilung feststellen müssen, ob die Anfechtungsklage erhoben war. War dies nicht geschehen, so hätte er das RegG. anweisen müssen, die beantragte Eintragung vorzunehmen.

3. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 32. Da der RegR. verpflichtet ist, eine Eintragung, die wegen Mangels wesentlicher Voraussetzungen unzulässig war, von Amts wegen zu löschen (§ 142 FGG.), so hat er um so mehr die Verpflichtung, Eintragungen, deren Unzulässigkeit er ersieht, von vornherein abzulehnen und ferner über die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen, sofern sie ihm nicht bekannt ist, Ermittlungen anzustellen. Da aber das HandReg. in erster Linie nur zur Beurkundung der von den Beteiligten angemeldeten Tatsachen bestimmt ist, auch der § 12 FGG. eine Ermittlungspflicht nur soweit vorschreibt, als die Ermittlung zur Feststellung von Tatsachen erforderlich ist, so ist der Registerrichter über die Richtigkeit einer angemeldeten Tatsache Ermittlungen anzustellen nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn bei verständiger Würdigung der Sachlage ein Anlaß vorliegt, an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsache zu zweifeln.

4. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 28. Das SchiffsRegG. ist wohl berechtigt, zur Ergänzung mangelhafter Eintragungsgrundlagen von Amts wegen mitzuwirken, aber es ist hierzu nicht verpflichtet; macht es von jenem Recht Gebrauch, so handelt es nur in freiwilliger Unterstützung der Beteiligten (ex nobili officio), nicht in Erfüllung einer Amtspflicht. Es kommen hier also im wesentlichen dieselben Erwägungen in Betracht, die die Unanwendbarkeit des § 12 FGG. auf grundbücherliche Eintragungen rechtfertigen, soweit diese auf Grund eines Antrages zu erfolgen haben.

5. Colmar 28. 2. 17, ZBlFG. 17, 129. Im Fall des § 66 Abs. 2 PersStG. kann das Gericht nach seinem Ermessen die Aufklärungen selbst vornehmen oder den Antragsteller auf den Prozeßweg verweisen; dagegen widerspräche es dem § 12, wenn es einen auch nur möglicherweise begründeten Antrag deshalb ablehnt, weil für die Entsch. noch nicht die erforderlichen Unterlagen vorliegen (vgl. auch Ziff. 2 zu §§ 65, 66 PersStG.).

6. Schack, ThürBl. 43, 26 (II 2). Bei Bestellung fehlender Vorstandsmitglieder (§ 29 BGB.) hat das Gericht im Streitfall über die Voraussetzungen nach § 12 zu entscheiden, insbesondere auch dann, wenn streitig ist, ob eine Amtsniederlegung erfolgt ist; die Verweisung auf den Prozeßweg ist unzulässig (JDR. 13 unter V 3).

V. Echtes Streitverfahren (JDR. 9 I 9). Josef, ZBlFG. 18, 188. In welcher Weise es die Beteiligten zu den Ermittlungen zuzieht, hängt vom Ermessen des Gerichts ab; ein Recht auf Zuziehung zu Beweisaufnahmen haben die Beteiligten nicht, ebensowenig grundsätzlich ein Recht auf Kenntnisnahme vom Ergebnis der Ermittlungen oder der Beweisaufnahmen. Andererseits stimmt die Rechtslage dieser Streitbeteiligten der freiw. G. auch mit der Rechtslage der Parteien des Zivilprozesses insofern mehrfach überein, als sie a) nicht Zeuge sein können; wohl aber können sie nach § 15 Abs. 2 FGG. in ihrer Eigenschaft als Beteiligte behufs der Glaubhaftmachung ihrer Behauptungen zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden, b) die ergehenden Entscheidungen ihnen bekannt zu machen sind (§ 16 FGG.), c) ihnen gegen diese nach §§ 20, 27 Rechtsmittel zustehen, d) ihnen das Armenrecht erteilt, auch ein RA. beigeordnet werden kann, § 14; e) Verwandtschaft mit einem von ihnen unter allen Umständen Ausschließung des Richters bewirkt (vgl. zu § 1 II 2).

§ 13.

Schrifttum: Josef, Prozeßfähigkeit Geschäftsbeschränkter, WürttZ. 17, 233. — Derselbe, Kriegsbehinderung des Vaters und Gewaltausübung durch die Mutter, ZBlFG. 18, 17.

I. Prozeßfähigkeit, gesetzl. Vertretung (JDR. 15, I). 1. Josef, WürttZ. 17, 233. Die Anträge und Erklärungen, in denen die Tätigkeit der an einem Verfahren der freiw. G. Beteiligten besteht, zielen auf Verteidigung oder Veränderung der Rechtslage im Privatrechtsverkehr ab, und der Umstand, daß jene vor einer Behörde abzugeben sind, hat auf den Umfang der an die persönl. Eigenschaften des Handelnden zu stellenden An-

forderungen keinen Einfluß; folglich sind die Vorschriften über die Fähigkeit zu Handlungen im Privatrechtsverkehr, über die sog. Geschäftsfähigkeit, auch bestimmt, für das Auftreten im Verfahren der freiw. G. zur Geltung zu kommen. a) Daher ist der Geschäftsbeschränkte, wenn er in einer sein Vermögen betreffenden Angelegenheit die Rechtsstellung des Volljährigen hat, selbständig zur Beschwerdeerhebung befähigt, so z. B., wenn er mit Ermächtigung des Vormundes in ein Dienstverhältnis getreten (§ 113 BGB.), der Vormund aber den ausstehenden Lohn eingezogen und das VormG. die Anregung des Mündels, gegen den Vormund dieserhalb einzuschreiten, abgelehnt hat. Hier ist die Angelegenheit, in der die Geschäftsfähigkeit eingetreten und in der die Beschwerde eingelegt ist, die nämliche. Dagegen genügt nicht ein bloßer wirtschaftl. Zusammenhang beider Angelegenheiten; daher steht, wenn der Vormund den Entmündigten zum selbständigen Abschluß eines Mietvertrages ermächtigt hat und das VormG. den Antrag des Mündels, den Vormund zur Deckung der so entstandenen Auslagen anzuhalten, zurückgewiesen hat, dem Mündel hiergegen die Beschwerde nicht zu. Denn die Geschäftsfähigkeit war hier dem Mündel erteilt zum Mietabschluß; mit diesem aber hat die Beschwerde nichts zu tun.

b) Eine sechzehn Jahre alte Person ist zwar ehemündig, bedarf jedoch der Zustimmung ihres gesetzl. Vertreters zur Eheschließung (§§ 1303, 1304 Abs. 1). In der Ehemündigkeit ist also nicht die Fähigkeit enthalten, alle einer volljährigen Braut zustehenden Rechtshandlungen vorzunehmen; folglich ist die Minderjährige, wenn der Standesbeamte die Eheschließung verweigert, nicht befähigt, bei Gericht den Antrag auf Anweisung des Standesbeamten zur Vornahme der abgelehnten Handlung zu stellen oder gegen die zurückweisende Verfügung Beschwerde einzulegen. Ebensowenig ist das Kind nach zurückgelegtem vierzehnten Lebensjahr befähigt, die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung zur Ehelichkeitserklärung und zum Wahlkindschaftsvertrag zu beantragen. Denn in diesem Fall muß zwar das Kind selbst die Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung und zum Wahlkindschaftsvertrag erklären; es kann dies aber nur mit Zustimmung des Vertreters und Genehmigung des VormG. (§§ 1728, 1729, 1750, 1751); es hat also nicht die Rechtsstellung eines Volljährigen.

2. KG. 5. 10. 17, OLG. 35, 346. Im Verfahren der freiw. G. richtet sich die Fähigkeit der Beteiligten, ihre Rechte vor den Gerichten selbst wahrzunehmen, soweit nicht das FGG. Bestimmungen trifft, nach den zunächst nur für rechtsgeschäftl. Willenserklärungen geltenden, sinngemäß aber auf die Vornahme anderer Rechtshandlungen auszudehnenden Vorschriften des BGB. über die Geschäftsfähigkeit. Ist jemand nach § 104 geschäftsunfähig, so ist die selbständige Ausübung des Beschwerderechts durch ihn nichtig und rechtlich unwirksam (**RG.** 65, 199). Aber der bloße Umstand, daß er an Wahnideen leidet, schließt seine freie Willensbestimmung nicht aus; Geschäftsunfähigkeit liegt nur vor, wenn allgemein die freie Willensbestimmung des Beschwerdeführers ausgeschlossen ist, nicht aber schon, wenn z. B. der Beschwerdeführer an einer krankhaften Wahnidee leidet, seine Intelligenz dabei aber nicht gestört ist, er vielmehr formell richtig denkt und sich und seine Lage richtig beurteilt, solange der bestimmte Kreis krankhafter Überzeugungen nicht berührt wird.

3. Vgl. zu § 59 unter 1.

II. Vollmacht. 1. Kemmer, BayRpflZ. 17, 11 (gegen KG., RJA. 13, 172). Die Stellvertretung im Willen beim Abschluß des Wahlkindschaftsvertrages ist unzulässig, aber bei Abgabe der Willenserklärung vor der Urkundperson ist Stellvertretung zulässig. Der Einwilligungsberechtigte darf also die Erteilung seiner Einwilligung nicht einem Dritten überlassen; er hat vielmehr selbst die Entscheidung zu treffen. Dagegen darf er sich, wenn er die Entscheidung getroffen hat, zur Abgabe seiner Erklärung eines Bevollmächtigten bedienen.

2. Josef, ZBlFG. 18, 17. Durchaus abzulehnen ist die Ansicht des KG. im Beschluß v. 28. 5. 15 (JDR. 15 II 1), wonach eine Ermächtigung der Frau durch den Kriegsabwesenden vorliegen soll, in seinem Namen Rechtsmittel einzulegen. Die Rechtseinrichtung einer solchen „vermuteten Vollmacht“ ist dem geltenden Recht fremd (Mot. 1,

230); sie besteht im Verfahren der freiw. G. nur für die Notare (§ 15 GBO., §§ 71, 100 Abs. 2, 129, 159, 161 FGG.). Kann das Gericht nicht feststellen, daß der Kriegsabwesende tatsächlich an der Gewaltausübung verhindert ist, so sind die Anträge und Erklärungen der Mutter unwirksam, weil sie sie kraft eigenen Rechts nicht abgeben kann: sie übt die elterliche Gewalt über die Kinder nicht aus und kann noch weniger im Namen, in Vertretung des Mannes handeln, es sei denn, daß sie gemäß § 13 FGG. ihre Bevollmächtigung nachweist.

3. KG. 31. 3. 16, OLG. 34, 268. Die Wirksamkeit des durch einen Vertreter eingelegten Rechtsmittels hängt nicht von der gleichzeitigen Einreichung oder überhaupt der Beibringung einer Vollmacht ab; vielmehr kann in geeigneten Fällen von einem besonderen Nachweis der Vollmachtserteilung abgesehen werden (JDR. 13 unter 6).

§ 15.

Schrifttum: Josef, Der Parteibegriff in der freiw. G., ZBlFG. 18, 188.

1. Josef, ZBlFG. 18, 188. Die Vorschriften der ZPO. über den Zeugenbeweis finden nach § 15 FGG. auf die Beweisaufnahme des VormG. entspr. Anwendung; folglich kann auch hier Zeuge nur ein von den Parteien verschiedener Dritter sein. Wenn das VormG. gegen den Vormund einschreiten will (§ 1837, 1886) und zu diesem Behuf eine förml. Beweisaufnahme veranstaltet, so kann der Mündel hier zweifellos als Zeuge vernommen werden; seine Verwandten können ihr Zeugnis nicht verweigern und sind eidlich zu vernehmen. Das stimmt nicht zu der Ansicht, daß der Mündel in der Vormundschaftssache die „Partei" ist. Dagegen kann im gedachten Fall der — beschuldigte — Vormund nicht als Zeuge vernommen werden, seine Verwandten können ihr Zeugnis verweigern und sind uneidlich zu vernehmen. Hat der Vormund das Mündelgrundstück verkauft und beantragt er die Genehmigung dieses Vertrages, so kann der Richter, um sich über den Wert des Grundstücks und hiermit über die Genehmigung schlüssig zu machen, diesen Käufer (der beim Gericht als allgemeiner Sachverständiger für solche Schätzungen obwaltet) keinesfalls als Gutachter oder als Zeugen über die früheren Grundstücksverträge vernehmen. — So wenig andere, die über das Bestehen von Mündelansprüchen gegen sie als Zeugen vernommen werden, hierdurch „Beteiligte", „Partei" werden, ebensowenig wird es der vom VormG. als Erzeuger erachtete. Er kann folglich als Zeuge vernommen werden. Ein Zeugenverweigerungsrecht aus § 384 Ziff. 1, 2 steht dem Erzeuger nicht zu, und da auch § 393 Ziff. 4 nicht anwendbar ist, hängt seine Beeidigung vom Ermessen (§ 15 Abs. 1 Satz 2) ab. — Im Verfahren gegen den Vater aus § 1666 sowie zur Regelung der Kindererziehung nach der Ehescheidung können die Kinder als Zeugen vernommen werden. — Im Verfahren zur Erzwingung der Ablieferung des Testaments (§ 83) ist lediglich der angebliche Besitzer der letztwilligen Verfügung die „Partei", daher sind dessen nahe Verwandte nicht zeugnispflichtig und uneidlich zu vernehmen, und er selbst kann nicht als Zeuge vernommen werden, wohl aber der, der als angeblicher Gläubiger das Verfahren veranlaßt hat, und ebenso des angeblichen Besitzers Miterben, gegen die sich der Anspruch des Gläubigers ebenso wie gegen den Besitzer richten würde (§§ 1967, 2058). — Im Ordnungsstrafverfahren des RegG. kann der Antragsteller als Zeuge vernommen werden, seine Verwandten können ihr Zeugnis nicht verweigern. „Partei" ist in diesem Verfahren nur der, gegen den es sich richtet; dieser kann nicht Zeuge sein und seinen Verwandten steht das Zeugnisverweigerungsrecht zu (bei dessen Nichtausübung sie unbeeidigt zu vernehmen sind). Vgl. zu § 1 II 2 und zu § 16 unter 4.

2. Ermittlung des Erzeugers. S. zu § 2 II 1.

3. Colmar 11. 7. 17, ElsLothJZ. 17, 286, ZBlFG. 18, 245. Zuziehung eines Sachverständigen bei Prüfung der Vormundschaftsrechnung auf Grund des § 15.

§ 16.

Schrifttum: Josef, Die vormundschaftsgerichtl. Feststellung erfolgter Legitimation des Mündels (§ 1883) in ihrer Einwirkung auf das Geburtsregister, HessRspr. Jahrg. 18, 137. — Derselbe, Beginn der Wirksamkeit der Ernennungsverfügung des Liquidators,

HoldheimsMSchr. 17, 179. — Schack, Gerichtliche Bestellung von Vorstandsmitgliedern, ThürBl. 43, 26. — Josef, Beginn der Wirksamkeit der gerichtlichen Vorstandsbestellung, ThürBl. 44, 131.

1. Josef, HessRspr. 18, 137. Durch die Bek. an die Beteiligten erlangen Verfügungen nach § 16 FGG. die Fägigkeit, rechtl. Wirkungen zu äußern, nur insoweit, als das Ges. den Verfügungen diese Wirkung beilegt. Folglich kann das Gericht nicht den von ihm getroffenen Feststellungen, wenn das Ges. ihnen eine andere Behörden bindende Wirkung nicht beilegt, diese Wirkung dadurch verschaffen, daß es sie zugleich mit der Verfügung, deren Bek. das Ges. gebietet, den Beteiligten bekannt macht. Danach ist, wenn das VormG. das Vorliegen der Voraussetzungen einer Legitimation des Mündels durch nachfolgende Ehe festgestellt hat und daher die Vormundschaft aufhebt (§ 1883 Abs. 2 Satz 1), mit dieser Verfügung aber zugleich die Feststellung erfolgter Legitimation verbindet, diese Feststellung keine öffentl. Urkunde i. S. des § 26 PStG., und das Standesamt kann auf Grund dieser Feststellung nicht bei dem Geburtsfall vermerken, daß die Standesrechte des Mündels durch Legitimation verändert seien. Da das Ges. dem Ergebnis der Ermittlungen des VormG. eine solche Wirkung nicht beilegt, dient diese Feststellung nur zur Begründung der Aufhebungsverfügung, hat also keine selbständige Bedeutung.

2. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 179. a) Die Ernennung des Liquidators durch das Gericht wird wirksam mit der Bek. der Vfg., die an den Liquidator wie auch an die Gesellschafter zu erfolgen hat (§ 16 FGG.). Ist sie nur an diese, nicht auch an den Liquidator erfolgt, so sind die dem Liquidator gegenüber abgegebenen Erklärungen (z. B. Kündigungen) sowie eine an ihn erfolgte Klagezustellung unwirksam und diese Rechtshandlungen werden auch nicht von selbst dadurch wirksam, daß dem Liquidator demnächst seine Ernennung bekannt gemacht wird. Die entspr. Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB. ist hier ausgeschlossen. Doch kann dieser solche Rechtshandlungen nachträglich genehmigen, d. h. sie so gelten lassen, als wären sie nach dem Amtsantritt vorgenommen.

b) Die Verfügung, durch die der gerichtl. Liquidator ernannt (§ 146 Abs. 2 HGB.) wird, wird mit der Bek. an diesen wirksam auch für die Gesellschafter, selbst wenn diesen die Verfügung nicht bekannt gemacht ist. Denn indem das Gesetz diesem Vertreter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis einräumt, entzieht es sie insoweit den Vertretenen; das Ges. kann unmöglich ein Nebeneinanderbestehen der Befugnisse der Vertreter und der Gegenbeteiligten gewollt haben.

3. (JDR. 11 unter 9). a) Schack, ThürBl. 43, 26 (II 2). Bestimmt ist die Vfg. für die, auf deren Rechtsbeziehungen sie ihrem positiven Inhalt nach unmittelbar einwirken will, denen sie bekannt gemacht werden muß, wenn sie ihren Zweck erfüllen will, für deren Tätigkeit im Rechtsverkehr die Vfg. Regel zu geben bezweckt, auf deren Rechtsbeziehungen sie nicht bloß nebensächlich oder zufällig einwirkt, sondern auf deren Rechtsbeziehungen einzuwirken nach dem Inhalt der Verfügung als deren hauptsächl. Zweck und eigentl. Aufgabe erscheint. — Die Vfg., durch die das Gericht dem Verein einen Vertreter für fehlende Vorstandsmitglieder bestellt, bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Bek. an die fehlenden Mitglieder (denn ihnen gegenüber hat die Bestellung von Ersatzmännern keine rechtsgestaltende, sondern lediglich feststellende Bedeutung), sondern nur an den Antragsteller, auf dessen Gesuch sie die amtl. Antwort gibt, und dann an die bestellten Personen, die durch den rechtsgestaltenden Akt mit einer neuen Rechtsstellung versehen werden. Die Bek. an den Antragsteller ist der für das Wirksamwerden auch gegenüber den Bestellten maßgebende Zeitpunkt; diese können hiermit ihre Wirksamkeit beginnen, auch wenn der Beschluß nur dem Antragsteller bekannt gemacht ist. Ist die Bek. an die Bestellten erfolgt, so brauchen sie nicht zu prüfen, ob die Bek. auch an den Antragsteller erfolgt ist (JDR. 11 unter 9; 13 unter 4). Das Wirksamwerden des Bestellungsbeschlusses setzt aber weiter voraus, daß die Bestellten ausdrücklich oder durch ihr Verhalten die Annahme des Amts erklärt haben; andernfalls wäre die den Bestellten gegenüber abgegebene Willenserklärung unwirksam. — Die Wirksamkeit des Beschlusses, durch den das AG. dem Verein einen

Vorstand bestellt (§ 29 BGB.), setzt voraus, daß der Bestellte die Annahme des Amts erklärt hat oder nachträglich erklärt. Mangels dieser Voraussetzung ist eine dem Bestellten gegenüber abgegebene Erklärung unwirksam, insbesondere § 32 unanwendbar; denn durch die Vfg. des Gerichts allein ist die Befugnis des Bestellten zur Entgegennahme der Erklärung noch nicht begründet, vielmehr mußte seine Bereitwilligkeit zur Annahme des Amts hinzukommen (vgl. zu § 146).

b) Josef, ThürBl. 44, 131. Zu vgl. Ziff. 4 zu § 29 BGB. — Da die Bestellung des Vorstandes grundsätzlich der Mitgliederversammlung zusteht, so beeinträchtigt die gerichtl. Bestellung das dem einzelnen Vereinsmitglied zustehende Recht, und steht ihm daher gegen jene gerichtl. Verfügung die Beschwerde zu. Auch wenn diese Erfolg hat, bleiben die vom bestellten Vorsteher erfolgten Rechtshandlungen nach § 32 FGG. wirksam, mit Ausnahme jedoch des Falls, daß dieser in Voraussicht des Erfolges der Beschwerde in arglistigem Einverständnis mit einem Dritten zu dessen Gunsten über Vereinsvermögen verfügt hat.

c) Durch die Bek. der Bestellungsverfügung erlangt der Bestellte das Amt als Vorsteher (vgl. zu § 146) nur, wenn er vor der Bestellung sich zur Annahme des Amts bereit erklärt hat oder nachträglich zur Annahme bereit ist, welch letzteres sich auch durch schlüssige Handlungen äußern kann.

4. Josef, ZBlFG. 18, 188 (gegen KGJ. 41, 8, RJA. 11, 174). Hat die Mutter ein Einschreiten des VormG. gegen den Vater aus § 1666 angeregt, so wird es durch den sodann erfolgenden Tod der Mutter nicht gegenstandslos. Das VormG. hat das Verfahren von Amts wegen einzuleiten; der sog. „Antrag" ist nur eine Anregung an das VormG. zur Entfaltung einer amtswegigen Tätigkeit. Das Verfahren ist im öffentl. Interesse zum Schutz des Kindes eingeführt; es handelt sich hier nicht um einen Streit zwischen dem Vater und der (das Verfahren anregenden) Mutter, sondern ausschließlich um eine amtswegige Verwaltungstätigkeit des Gerichts zugunsten des Kindes; daher kann in diesem Verfahren die Mutter als Zeugin vernommen werden, weil in ihm lediglich der Vater die „Partei" ist, gegen den sich das Verfahren richtet. Das VormG. hat das Verfahren durch ablehnende oder stattgebende Entscheidung zu beendigen. In diesem Fall kann freilich die Entscheidung des VormG. der Mutter nicht bekannt gemacht werden; dieses ist aber auch gar nicht erforderlich. Denn die Vfg., durch die dem Vater die Sorge für die Person des Kindes entzogen wird, wird nach § 16 wirksam durch die Bek. an den, für den sie „ihrem Inhalt nach bestimmt" ist, also hier lediglich den Vater, nicht aber für die Mutter, auf deren Anregung das VormG. das Verfahren eingeleitet hat. Der Mutter kommt also in diesem Verfahren keine parteiähnliche Stellung zu.

5. Josef, DRZ. 17, 398 (Wirksamkeit der Entsch. des BeschwG.) s. zu § 23 unter 2b.

6. Josef, ZBlFG. 18, 17 (Bek. der Kriegsbehinderung des Vaters) s. zu § 51.

7. KG. 31. 3. 16, OLG. 34, 268, ZBlFG. 18, 243 Nr. 240. Die Zustellung eines Unterbringungsbeschlusses im Fürsorgeerziehungsverfahren an einen Kriegsteilnehmer ist, auch wenn das AG. bei Anordnung der Zustellung nicht bestimmt hat, ob die Form des § 172 oder des § 201 ZPO. beobachtet werden sollte, und auch wenn das Ersuchen an die vorgesetzte Kommandobehörde (Kompagnieführer) nicht vom Richter, sondern nur in Form einer beglaubigten Abschrift der richterl. Vfg. erlassen ist, jedenfalls wirksam, sobald der Kompagnieführer das dem § 202 ZPO. entsprechende Zeugnis ausgestellt hat.

§ 18.

1. Schack, ThürBl. 43, 35. Das Gericht, das dem Verein einen Vorstand bestellt hat (§ 29 BGB.), kann auf Grund des § 18 statt des Bestellten einen Anderen bestellen, namentlich wenn jener sich als ungeeignet erweist.

2. KG. 2. 6. 16 (Wirkung der Änderung) s. zu § 20 II 5.

3. Karlsruhe 30. 9. 16, OLG. 35, 341. Hat das Gericht den Antrag des Mündels, die Einwilligung des Vormundes zur Eheschließung zu ersetzen, abgewiesen, so steht dies

der Zulässigkeit des (mit der Begründung, die früheren Verhältnisse hätten sich geändert) erneuten Gesuchs nicht entgegen (JDR. 15 unter II 1).

4. Josef, DRZ. 17, 398 (Änderung der Entsch. des BeschwerdeG.), s. zu § 23 unter 2b.

5. Josef, HessRspr. 18, 151 (Anwendbarkeit des § 18 auf Schiffspfandrecht), s. zu § 119.

§ 19.

Schrifttum: Josef, Die Grenze zwischen Meinungsäußerung und beschwerdefähiger Verfügung des VormG., FürsorgeZ. 8, 212. — Derselbe, Ermittlungen des RegisterG., ihre Anfechtbarkeit durch Beschwerde, HoldheimsMSchr. 17, 32.

1. BayObLG. 16. 2. 17, BayRpflZ. 17, 160, LeipzZ. 17, 935, OLG. 34, 241, ZBlFG. 17, 518. Vor der Feststellung der Zulässigkeit eines Rechtsmittels darf das Gericht nicht in die materielle Sachwürdigung eintreten; eine Unterstellung der Zulässigkeit des Rechtsmittels ist, da es sich hier um die Feststellung einer Prozeßvoraussetzung und um zwingendes Recht handelt, unstatthaft. Das BeschwerdeG. muß also in jedem Fall zunächst bestimmte Stellung nehmen zu der Frage, ob die Beschwerde zulässig ist.

2. Beschwerdefähige Verfügung (JDR. 13 unter 1). a) Hamburg 17. 12. 15, OLG. 32, 413e. Die an den Vormund gerichtete Aufforderung, gewisse erziehliche Maßnahmen zu ergreifen, liegt nur im Rahmen der obervormundschaftl. Fürsorge und der Unterstützung des Vormundes in der Erreichung einer gedeihlichen Erziehung, ohne daß eine solche Aufforderung schon als eine in das Recht des Vormundes eingreifende Anordnung aufgefaßt werden kann. Nur eine solche kann aber das Recht zur Beschwerde geben. Zwar seien nun die in Aussicht gestellten Schritte bestimmt gewesen, auf die Entschließung des Vormundes einzuwirken, indessen seien sie auch nur Mitteilungen über beabsichtigte künftige Maßnahmen, aber keine durch Beschwerde angreifbare Anordnung oder Verfügung.

b) KG. 9. 6. 16, OLG. 33, 379 Anm., ZBlFG. 17, 435 Nr. 453. Als der Beschwerde unterliegende Verfügungen i. S. des § 19 sind nur solche Entschließungen des Gerichts zu verstehen, die eine sachl. Entscheidung treffen, nicht dagegen auch solche, die nur zur Vorbereitung einer sachl. Entscheidung dienen; dementsprechend steht dem Vormunde gegen eine Vfg., die lediglich die Entlassung aus dem Amte androht, die Beschwerde nicht zu (dagegen JDR. 13 IId).

c) Josef, FürsorgeZ. 8, 212. Die Beschwerde steht dem Vormund nicht zu, wenn das VormG. eine vom Vormund erbetene Mitteilung (Auskunft) überhaupt ablehnt oder zwar erteilt, der Vormund aber ihre Richtigkeit bemängelt. Das gilt insbesondere, wenn das Gericht dem Vormund eine belehrende Hinweisung über de Unwirksamkeit einer Rechtshandlung erteilt, wofern jene Hinweisung nur für sich allein erfolgt und nicht zugleich die Rechtslage regelt. Auch gegen eine bloße Meinungsäußerung des VormG. über eine Maßnahme des Vormundes, betreffs der Personen- oder Vermögenssorge, steht ihm die Beschwerde nicht zu. Wenn aber diese Meinungsäußerung verbunden ist mit der Aufforderung, jene Maßnahme zu ändern (z. B. die Erziehung anders zu bewirken, eine Ausgabe in Zukunft zu vermeiden) und mit der Ankündigung, daß bei deren Nichtbefolgung das VormG. gegen ihn einschreiten oder seine Ansicht in anderer Weise (z. B. durch Bemängelung der Rechnungslegung) durchsetzen werde, so regelt diese Meinungsäußerung zugleich die Rechtslage und stellt sich dar als ein an den Vormund erlassenes Gebot oder Verbot (§ 1837), so daß gegen sie dem Vormund die Beschwerde zusteht.

d) KG. 4. 6. 15, OLG. 33, 389. Wenn das RegG. den Antragsteller lediglich in entgegenkommender Weise auf Bedenken hinweist, die der Eintragung entgegenständen, gleichzeitig aber zum Ausdruck bringt, daß wenn die Satzung nicht den geäußerten Bedenken entsprechend geändert werden würde, nur die Versagung der Eintragung Abhilfe schaffen könne, so findet hiergegen die Beschwerde statt, da die Vfg. bereits die endgültige Stellungnahme des Gerichts enthält.

3. (Zwischenverfügungen, JDR. 13 unter 6.) Josef, HoldheimsMSchr. 17, 32. Erachtet das RegG. vor der Entsch. über den Eintragungsantrag noch Ermittlungen für erforderlich (oben zu § 12 IV 3), so ist die Anordnung der Ermittlungen (z. B. die Erforderung einer amtlichen Auskunft, die Ladung von Zeugen) eine der Endentscheidung (Eintragung) vorausgehende (Zwischen-) Vfg., gegen die (ohne Unterschied, ob sie sich an die Beteiligten wendet oder ob das Gericht sie ganz ohne deren Mitwirkung erledigt) die Beschwerde ganz wie gegen eine Endentscheidung stattfindet. Die an sich zulässige Beschwerde gegen die Veranstaltung von Ermittlungen kann danach Erfolg nicht haben, wenn der Registerrichter dienstlich dem BeschwerdeG. Umstände darlegt, die ihm bei pflichtmäßiger Erwägung Zweifel an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen haben hervorrufen müssen.

4. KG. 29. 4. 15, OLG. 35, 9. Auch eine bloß mündl. Entsch. kann die Grundlage eines Beschwerdeverfahrens bilden, wofern es sich in der Tat um eine Entsch. und nicht um eine bloße vorläufige Meinungsäußerung handelt (JDR. 3 unter e).

5. Rostock 25. 1. 17, MecklZ. 35, 386, ZBlFG. 18, 113. Die Verfügungen, die das Konkursgericht im Falle des § 78 SchuldVerschrG. als das zur Berufung und Leitung der Versammlung der Schuldverschreibungsbesitzer berufene Gericht trifft, sind, weil sie nicht im Konkursverfahren ergehen, nicht nach § 73 KO., sondern nach §§ 19ff. FGG. mit der Beschwerde anzufechten, und zwar mit der einfachen Beschwerde.

6. KG. 25. 1. 17, OLG. 34, 274, ZBlFG. 18, 127. Es ist feststehender Rechtsgrundsatz, daß im Verfahren der freiw. G. eine Beschwerde nur gegen die Vfg. selbst, also ihren entscheidenden Teil, nicht gegen ihre Begründung zulässig ist, also aus der Art der Begründung der Vfg. eine Beschwerderecht nicht abgeleitet werden kann.

7. Darmstadt 3. 11. 16, HessRspr. 18, 50, ZBlFG. 18, 27. Der Beschwerde nach FGG. unterliegen nur sachliche Entschließungen des VormG., seien sie auch nur vorbereitender Natur, nicht aber Unterlassungen, es sei denn, daß sie die Bedeutung einer Anordnung, einer Verfügung hätten.

8. BayObLG. 28. 7. 17, DJZ. 18, 66 (Gerichtswechsel, JDR. 13 unter 14). Ist eine Vormundschaft nach Erlaß der beschwerenden Vfg., aber vor Einlegung der Beschwerde an ein anderes Gericht abgegeben worden, so ist zur Entsch. der Beschw. das dem neuen VormG. vorgesetzte LG. zuständig.

§ 20.

Schrifttum: Josef, Beschwerde wegen Aussetzung des Verfahrens sowie das Beschwerderecht des Erbschaftssteuerfiskus und der Gläubiger des Erben gegen die Erteilung des Erbscheins, MecklZ. 17, 401. — Derselbe, Zuständigkeit des Gerichts bei Anordnung der Pflegschaft, ElsLothJZ. 17, 69. — Derselbe, Die Bestimmung der Inventarfrist beim Erwerb einer jurist. Person, BadRpr. 17, 118. — Derselbe, Beschwerderecht der Gesellschafter einer GmbH. gegen die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses, HoldheimsMSchr. 17, 173. — Derselbe, Genehmigung des VormG. zur Entlassung aus der Staatsangehörigkeit, ElsLothZ. 17, 302. — Derselbe, Die Eintragbarkeit religiöser Vereine in das Vereinsregister und ihre Anfechtung durch Beschwerde, ZBlFG. 17, 422.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemeines. 1. Braunschweig 4. 4. 17, BraunschwZ. 64, 69, ZBlFG. 18, 24 Nr. 3. Das FGG. gibt ein Beschwerderecht nach § 20 Abs. 1 nur demjenigen, dessen Recht durch die anzufechtende Vfg. beeinträchtigt ist. Zu dem Kreise der danach Berechtigten gehört keinesfalls das Untergericht, dessen Beschluß durch die Vfg. betroffen wurde. . . . Wenn der Gesetzgeber durch Einrichtung des Beschwerdewegs die Möglichkeit der Abänderung einer Entscheidung überhaupt eröffnete, so hat er damit genügend zum Ausdrucke gebracht, daß ein Recht der unteren Instanz auf Aufrechterhaltung ihrer Entscheidung nicht bestehe. Das Beschwerderecht des verletzten Dritten auszuüben, besitzt aber das Untergericht keine Befugnis (JDR. 3 unter 1b).

2. KG. v. 24. 9. 15 (JDR. 15 II 4, Aussetzung des Verfahrens), auch R. 16 Nr. 1974.

3. Josef, MecklZ. 35, 401 gegen KG., RJA. 15, 4 (JDR. 15 II 4). „Verfügungen" i. S. des § 19 FGG. sind nicht bloß Endentscheidungen, sondern auch die ihnen vorausgehenden Zwischenverfügungen, z. B. daß das Verfahren einstweilen auszusetzen sei; und ein „Recht" i. S. des § 20 FGG. ist auch das Recht jedes Beteiligten auf eine dem Ges. und der Sachlage entsprechende Behandlung der Angelegenheit. Daher steht gegen die Aussetzungsverfügung des AG. jedem Beteiligten die Beschwerde zu mit der Begründung, daß die Aussetzung einer sachgemäßen Behandlung der Angelegenheit widerspreche. Dagegen unterliegen Verfügungen des BeschwerdeG. einem Rechtsmittel nicht schlechthin, sondern grundsätzlich nur der weiteren Beschwerde gegen die in § 27 FGG. bezeichnete Entsch. und zwar lediglich, wenn diese auf Verletzung des Ges. beruht. Da die Aussetzung des Verfahrens aber grundsätzlich dem freien Ermessen des Gerichts der freiw. G., insbesondere des VormG., unterliegt, so ist gegen die die Aussetzung anordnende Entsch. des BeschwerdeG. die weitere Beschwerde unzulässig.

4. BayObLG. 4. 5. 17, R. 17 Nr. 1491. Jeder Nachlaßbeteiligte hat wegen angeblich mangelhafter Ausübung des gerichtl. Ermessens nach § 83 Abs. 2 das Beschwerderecht (vgl. zu § 7 unter 3).

5. KG. 30. 6. 16, RJA. 15, 143. Beschwerderecht des Beteiligten wegen verweigerter Ausfertigung des Protokolls des VormG.

6. BayObLG. 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1310, ZBlFG. 18, 112. Durch Zeitablauf gegenstandslos gewordene Beschwerden sind unbegründet (Es handelte sich um die Regelung des Verkehrs „während der diesjährigen Osterferien"; vgl. zu § 29 unter 2.)

7. KG. 5. 10. 17, OLG. 35, 346. Es ist unzulässig, eine Beschwerde sowohl wegen mangelnden Beschwerderechts zurückzuweisen, als auch aus sachlichen Gründen zu prüfen. Wird das Beschwerderecht verneint, so ist jede rechtl. Möglichkeit, eine wenn auch nur eventuelle weitere sachl. Entsch. zu treffen, ausgeschlossen; die dem zuwider geschehenen Erörterungen des BeschwerdeG. sind rechtlich unbeachtlich.

8. Rostock 26. 6. 17, OLG. 35, 370. Die Beschwerde setzt voraus, daß der Antrag noch aufrecht erhalten wird; im entgegengesetzten Fall ist für die Beschwerde kein Raum [Grundbuchsache].

II. Vormundschaftssachen. 1. KG. 25. 1. 17, OLG. 34, 274, ZBlFG. 18, 127. Ist auf Antrag eines Nachlaßgläubigers die Nachlaßpflegschaft angeordnet und wird sie sodann aufgehoben, so steht hiergegen der Witwe des Erblassers nicht die Beschwerde zu, da hierdurch ihr Recht nicht beeinträchtigt ist.

2. Josef, ElsLothJZ. 17, 69. Die Anordnung der Pflegschaft durch ein unzuständ. Gericht beeinträchtigt das Recht des Pflegers wie des Pfleglings, nicht aber auch das Recht der Mutter, selbst wenn sie die Anordnung angeregt hat; es steht ihr daher gegen sie nicht die Beschwerde zu. Vgl. zu § 7 unter 3.

3. BayObLG. 16. 3. 17, R. 17 Nr. 1139, ZBlFG. 18, 117 Nr. 118. Ein Beschwerderecht der Mutter wegen Nichtentlassung des Pflegers, der den Kindern zur Geltendmachung eines Unterhaltsanspruchs beigeordnet ist, kann nicht aus § 20 FGG. abgeleitet werden. Gestützt ist ihr Verlangen auf pflichtwidriges Verhalten des Pflegers; da aber nach §§ 1915, 1886 das VormG. nur den Pflegebefohlenen, nicht aber anderen

Personen gegenüber verpflichtet ist, beeinträchtigt der angefochtene Beschl. kein Recht der Beschwerdeführerin.

4. BayObLG. 22. 12. 16, LeipzZ. 17, 414, R. 17 Nr. 698, ZBlFG. 17, 526. Bei der Abwesenheitspflegschaft steht die Auswahl der Person des Pflegers im freien Ermessen des VormG. Verwandte haben keinen Anspruch auf Berufung; ein Recht darauf, daß der Pfleger ihrem Kreise entnommen wird, steht ihnen nicht zu; sie sind demnach auch nicht beschwerdeberechtigt.

5. a) KG. 2. 6. 16, RJA. 15, 101, R. 17 Nr. 1284, ZBlFG. 18, 50. Die die Pflegschaft aufhebende Vfg. des VormG. bewirkt deren endgültige Aufhebung, auch wenn diese Vfg. im Beschwerdeweg demnächst aufgehoben ist; es bedarf also einer erneuten Verpflichtung des früheren Pflegers. Diesem steht ein Beschwerderecht gegen die Entsch. des BeschwerdeG. nicht zu.

b) Darmstadt 3. 11. 16, HessRspr. 18, 50, ZBlFG. 18, 27. Das Recht, dessen Beeinträchtigung die Befugnis zur Beschwerdeführung begründet (§ 20 FGG.), braucht nicht notwendig ein wohlerworbenes Privatrecht sein, es genügt vielmehr jedes vom Gesetz anerkannte, von der Staatsgewalt geschützte subjektive Recht. Ein solches materielles oder formelles, privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Recht des — wegen Verletzung eigenen Rechts Beschwerde führenden — Pflegers ist aber nicht erkennbar. Er ist als solcher namentlich nicht Partei, Beteiligter, der einen Anspruch auf gesetzliche und sachgemäße Behandlung der eigenen Sache geltend machen könnte, obwohl selbst dieses Recht, wenn es verletzt wäre, ausreichen würde.

6. KG. 16. 6. 16, OLG. 33, 379, ZBlFG. 17, 438. Zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 20 genügt nicht, daß die angefochtene Vfg. auf die Gestaltung der wirtschaftl. Lage des Beschwerdeführers von Einfluß ist und er insoweit an der Änderung der angefochtenen Vfg. ein vermögensrechtl. Interesse hat. Vielmehr ist stets erforderlich, daß ein Recht des Beschwerdeführers beeinträchtigt ist. Durch die Entscheidungen des VormG., die lediglich im Interesse des Mündels erfolgen und grundsätzlich nur das innere Verhältnis zwischen dem Gericht und dem Vormunde betreffen, wird das Recht eines Dritten nicht beeinträchtigt. Daher steht dem Miterben nicht auf Grund des § 20 die Beschwerde zu gegen die Vfg., durch die sein Antrag, den Vormund des Miterben zu entlassen, zurückgewiesen ist. Da der Anlaß der Beschwerde rein auf vermögensrechtl. Gebiet liegt, ergibt sich das Beschwerderecht auch nicht aus § 57 Nr. 9.

7. KG. 22. 9. 16, KGJ. 49, 41. Hat der Grundstückseigentümer sein Eigentum aufgegeben (§ 928) und ist deshalb den unbekannten Beteiligten ein Pfleger bestellt worden, so kann ein Hypothekengläubiger die Bestellung des Pflegers und die Festsetzung der Vergütung für ihn nicht deshalb mit Beschwerde anfechten, weil bei der ZwVerst. des Grundstücks die Vergütung des Pflegers im Rang vor der Hypothek in das geringste Gebot und in den Teilungsplan aufgenommen worden sei. Die Pflegschaft ist, entsprechend ihrem Zweck, nur im Interesse der unbekannten Beteiligten eingeleitet, greift also nicht in den Rechtskreis des Hypothekars ein.

8. KG. 30. 11. 15, RJA. 15, 90, R. 17 Nr. 1276, ZBlFG. 18, 42 (JDR. 15 II 12). Gegen die vormundschaftsgerichtl. Ermächtigung des Ehemannes zur Kündigung eines von der Frau geschlossenen Vertrages, in dem sie sich zu persönl. Leistungen verpflichtet, steht dem Vertragsgenossen der Frau (Schauspieldirektion) die Beschwerde nicht zu.

9. BayObLG. 26. 1. 17, DJZ. 17, 688. Besteht Streit zwischen dem Vorerben und dem Pfleger des Nacherben darüber, ob eine Ausgabe aus dem Grundstock des Nachlasses zu bestreiten ist, so liegt dem VormG. hierüber keine Entsch. ob und es steht folglich, wenn das VormG. eine solche auf Anrufen des Vorerben zugunsten des Nacherben erlassen hat, dem Vorerben gegen sie nicht die Beschwerde zu.

10. Entlassung aus der Staatsangehörigkeit. a) Karlsruhe 29. 11. 16, RJA. 15, 103, OLG. 33, 370, R. 17 Nr. 1332, ZBlFG. 17, 385. Hat das VormG. genehmigt, daß der gesetzl. Vertreter den Antrag auf Entlassung des Kindes (Mündels)

aus der deutschen Staatsangehörigkeit stelle, so kann die Beschwerde darauf gestützt werden, daß die Entlassung dem öffentl. Interesse an der Erhaltung der deutschen Wehrpflicht widerspreche.

b) Ebenso Stuttgart 2. 1. 17 (R. 17 Nr. 493) und BayObLG. 18. 2. 16 (OLG. 33, 369).

c) Entgegengesetzt Dresden 29. 8. 14 (ZBlFG. 15, 247).

d) Josef, ElsLothZ. 17, 303. Für die Erteilung der vormundschaftsgerichtl. Genehmigung ist allein entscheidend die Rücksicht auf das Wohl des Mündels in privatrechtl. wie in öffentl.-rechtl. Beziehung. Aus diesem letzteren Gesichtspunkt ist sonach der Antrag des Vormundes auf Genehmigung des von ihm beabsichtigten Antrages, den Mündel aus der deutschen Staatsangehörigkeit zu entlassen, abzulehnen, wenn die beabsichtigte Erwerbung einer ausländ. Staatsangehörigkeit zwar dem Mündel wirtschaftl. Vorteile bringen würde, der Auslandsstaat aber in kultureller oder politischer Beziehung hinter dem Inland zurücksteht und hierdurch die Mündelinteressen gefährdet werden könnten. Hat das VormG. dem zuwider den Vormund zum Antrag auf Entlassung ermächtigt, so ist nach § 19 StAngG. die StA. berufen, durch Beschwerde die öffentl.-rechtl. Interessen des Mündels wahrzunehmen. Dagegen ist das VormG. seiner ganzen Anlage nach nicht berufen, bei seiner Entschließung über die Genehmigung Interessen anderer Art, insbesondere die des Reichs oder Staats an der Erhaltung der Wehr- und Steuerkraft wahrzunehmen; die Beschw. der StA. kann folglich sich nicht darauf gründen, daß das VormG. bei Erteilung der Genehmigung diese Rücksicht auf das Staatswohl außer acht gelassen habe.

III. Nachlaßsachen. 1. a) Aufhebung der Nachlaßpflegschaft; Beschwerde der Witwe, s. II 1.

b) Braunschweig 15. 12. 16, ZBlFG. 17, 386. Zweifel an der Gültigkeit eines Testaments berechtigen das NachlaßG. nicht, eine Nachlaßpflegschaft wegen Unbekanntschaft des Erben anzuordnen. Eine solche Pflegschaft beeinträchtigt das Recht dessen, der bei Anordnung der Pflegschaft als Erbe schon bekannt war und verleiht ihm die Beschwerde.

2. Karlsruhe 3. 3. 17, BadRpr. 17, 87, OLG. 35, 379. Ist der Erbe sowohl nach Ges. wie nach Testament in gleichem Umfang berufen und hat er die Erteilung des Erbscheins als gesetzl. Erbe beantragt, weil das Testament nichtig sei, hat aber das NachlaßG. sich der Entsch. über die Gültigkeit entzogen und den Erbschein schlechthin erteilt, weil der Antragsteller in einem wie im anderen Fall in gleichem Umfang Erbe geworden sei, so steht diesem gegen die Entsch. die Beschwerde nicht zu. Denn er hat sachlich das erhalten, was er beantragt hat und sein Interesse daran, daß im Verfahren der freiw. G. die Ungültigkeit des Testaments ausgesprochen werde, verleiht ihm kein Beschwerderecht.

3. KG. 16. 3. 16, KGJ. 49, 83, vgl. Ziff. 2 zu § 2361 BGB.

4. a) Karlsruhe 14. 3. 17, BadRpr. 17, 88, ZBlFG. 18, 126. Das NachlaßG. ist allerdings befugt, im Interesse der Aufklärung auch dritte Personen, insbesondere einen Nachlaßgläubiger, zur Inventarerrichtung zuzuziehen. Ein Recht hierauf steht indessen dem Nachlaßgläubiger nicht zu. Er mag ein allgemein menschliches und wirtschaftl., vielleicht auch ein rechtl. Interesse daran haben, daß das Nachlaßverzeichnis vollständig ist; aber ein solches Interesse bildet kein Recht i. S. des § 20. Er ist also gegen die Ablehnung seines Antrags auf Ergänzung des Verzeichnisses nicht beschwerdeberechtigt.

b) Josef, BadRpr. 17, 118. Das Verfahren über die Bestimmung der Inventarfrist (§ 1994), bei dem sowohl der Gläubiger als auch der Erbe beteiligt ist, ist rechtlich zu sondern von dem Verfahren des NachlaßG. bei Aufnahme des Verzeichnisses (§§ 2202, 2203); in diesem Verfahren ist nur der Erbe beteiligt und es steht daher dem Gläubiger gegen die Ablehnung des Antrags auf Vervollständigung des Verzeichnisses die Beschwerde nicht zu. Denn nur der Erbe, nicht der Gläubiger hat ein Recht auf gesetz- und sachgemäße Erledigung der Verzeichnung, das beeinträchtigt sein kann.

5. Josef, MecklZ. 35, 406. a) Der Anspruch des Fiskus auf die Erbschaftssteuer ist zwar ein Recht i. S. des § 20, dagegen hat der Fiskus kein Recht, daß unter mehreren als Erben in Betracht kommenden Personen gerade diejenige ihm die Steuer schulde, die das Erbschaftssteueramt für den wahren Erben hält. Daher kann das ErbschStA. nicht durch die Beschwerde die Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins geltend machen. Da ferner die ErbschSt. nach dem Betrage berechnet wird, um den der Erwerber durch den Anfall bereichert ist, der Nachlaß sich aber regelmäßig im Besitz des bescheinigten Erben befindet, so kann die Steuerbehörde den Steueranspruch auch nicht gegen einen anderen als den bescheinigten Erben geltend machen. Insoweit der Nachlaß sich aber nicht im Besitz des bescheinigten Erben, sondern in dem eines Dritten befindet, den der Fiskus für den richtigen Erben hält und von dem er allein die Erbschaftssteuer einziehen kann, steht dem Erbschaftssteueramt gegen den Erbschein die Beschwerde zu. Denn die Vermutung des § 2365 belastet den Fiskus mit Nachweisen (z. B. daß das Testament, auf Grund dessen der Erbschein erteilt ist, gefälscht sei), deren er enthoben wäre, wenn der Erbschein nicht erteilt wäre, beeinträchtigt also das Recht des Fiskus, von dem Nachlaßbesitzer (dessen gesetzliches Erbrecht vielleicht klar liegt) die Steuer zu fordern (JDR. 15 III 4).

b) Ist der Erbschein unrichtig, so beeinträchtigt er das Recht des wahren Erben, nicht aber ein Recht seiner Gläubiger oder sonstiger Dritter, die durch das Vorhandensein des unrichtigen Erbscheins an der Durchführung von Ansprüchen gegen den wahren Erben gehindert, also wirtschaftlich berührt werden. Diesen steht daher die Beschwerde gegen die Erteilung oder gegen die die Einziehung des Erbscheins ablehnende Verfügung nicht zu. Wohl aber gehen auf den Erwerber eines Rechts auch die Rechtsbehelfe über, die mit dem Recht auf dem Gebiet der freiw. G. verbunden sind; daher steht die Beschwerde dem Gläubiger des wahren Erben zu, wenn für ihn dessen Erbrecht gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen ist.

6. BayObLG. 10. 9. 17, ZBlFG. 18, 322 (Beschwerde nach Anordnung, aber vor Erteilung des Erbscheins) s. zu § 84.

IV. Registersachen. 1. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 173 (gegen KG., JDR. 15 IV). Beschwerde der Gesellschafter einer GmbH. gegen die Eintragung eines Kapitalserhöhungsbeschlusses, zu vgl. 3 zu § 33 GmbHG.

2. Josef, ZBlFG. 17, 422 (Eintragung religiöser Vereine), vgl. § 61 BGB.

V. Personenstandsregister. Jena 16. 8. 16, OLG. 33, 384, ZBlFG. 17, 445. Gewiß besteht ein öffentliches Interesse daran, daß der Inhalt der Standesregister richtig ist und bleibt. Deshalb braucht aber noch nicht jedermann die Befugnis eingeräumt zu werden, die Berichtigung falscher Einträge zu betreiben; jenes Staatsinteresse wird vielmehr dadurch genügend gewahrt, daß die Beteiligten und die zuständige Aufsichtsbehörde die Berichtigung beantragen und Beschwerde erheben können. — Der Aufsichtsbehörde über das Standesamt in Xanten fehlt jede öffentlich-rechtliche Beziehung zu den Einträgen im Register von Schwarzburg (wo der gleiche Todesfall eingetragen ist). Die Frage nach dem Rechtsbestande der letzteren geht nur dieses Standesamt und dessen Aufsichtsbehörde an (JDR. 14 VI 4).

VI. KG. 3. 3. 16, RJA. 15, 105, R. 17 Nr. 1311, ZBlFG. 18, 53. Die geschiedene Ehefrau hat kein Beschwerderecht dagegen, daß das Amtsgericht das Standesamt anweist, die Ehe des geschiedenen Ehemanns mit der Ehebrecherin zu schließen. Durch die Anweisung wird kein Recht der geschiedenen Ehefrau verletzt. Mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils ist die bisherige Ehe aufgelöst; andere Rechte als die in den §§ 1577ff., 1579 Satz 2 BGB. vorgesehenen stehen dem geschiedenen anderen Ehegatten als Wirkung der Scheidung nicht zu (§§ 1564 Satz 3, 1312 BGB.) (§ 20 FGG.). Wenn nach § 1312 auch eine Ehe zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit dem der geschiedene Ehegatte den Ehebruch begangen hat, dann nicht geschlossen werden darf, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist, und wenn auch die unter Außerachtlassung dieses Verbots geschlossene Ehe nach § 1328

BGB. bis zur Beibringung nachträglicher Befreiung nichtig sein würde, so fehlt doch dem anderen Ehegatten der früheren Ehe jede Legitimation, die Nichtigkeit der neuen Ehe geltend zu machen und demgemäß auch der Eingehung dieser Ehe entgegenzutreten. Die Nichtigkeit einer solchen Ehe, solange sie nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst wäre, könnte nach § 1329 BGB. nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Zur Erhebung einer darauf gerichteten Klage ist aber nach § 632 ZPO. nur einer der Ehegatten der neuen Ehe oder der Staatsanwalt befugt. Allerdings kann nach § 632 Abs. 1 Satz 2 ZPO. unter Umständen die Klage auch von einem Dritten erhoben werden, nämlich dann, wenn für ihn von der Nichtigkeit der Ehe ein Recht oder von der Gültigkeit der Ehe eine Verpflichtung abhängt, und unter dieser Voraussetzung könnte auch das Recht des Dritten, die Eingehung der neuen Ehe durch Herbeiführung einer entsprechenden Anweisung des Standesbeamten zu verhindern, in Frage kommen. Immer bedarf es aber in einem solchen Falle der Darlegung eines durch die Umstände des besonderen Falles begründeten konkreten Rechtes oder einer entsprechenden konkreten Verpflichtung, deren Ausübung oder Erfüllung von der Nichteingehung oder Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe abhinge.

§ 21.

Josef, ZBlFG. 18, 188 (gegen KGJ. 41, 8, RJA. 11, 174; vgl. JDR. 11 unter 7). Wenn das VormG. die von der Mutter beantragte Anordnung einer Maßregel aus § 1666 abgelehnt hat, so wird die hiergegen von der Mutter eingelegte Beschwerde keineswegs ohne weiteres gegenstandslos, wofern die Mutter vor der Entsch. des BeschwerdeG. stirbt. Das VormG. hat das Verfahren zur Beschränkung der elterlichen Gewalt aus § 1666 von Amts wegen einzuleiten; der sog. „Antrag" ist nur eine Anregung an das VormG. zur Entfaltung einer amtswegigen Tätigkeit.

§ 22.

KG. 31. 3. 16, OLG. 34, 268, R. 17, 369 Nr. 734, ZBlFG. 18, 240. Verschulden des RA. eines Kriegsteilnehmers ist es, wenn er mit Einlegung der Beschwerde bis zum Eingang der Vollmacht gewartet hat, obwohl ihm von der Ehefrau des Kriegsteilnehmers ein von diesem an die Frau gerichteter Brief vorgelegt ist, in dem er der Frau geschrieben hat, sie solle sich wegen Einlegung der Beschw. an diesen RA. wenden.

§ 23.

Schrifttum: Josef, Die Aufhebung von Ordnungsstrafen und das richterl. Ansehen, DRZ. 17, 271. — Derselbe, Beschlußfassung des BeschwerdeG. und seine Behelligung mit neuen Anführungen der Beteiligten, DRZ. 17, 398.

1. a) Stuttgart 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1128, ZBlFG. 18, 130. Das LG. kann, wie § 23 zeigt, sehr wohl in die Lage kommen, zu entscheiden, nicht, ob die Vfg. gerechtfertigt war, als sie in der Vorinstanz erlassen wurde, sondern ob sie wegen nunmehr veränderter Sachlage aufzuheben ist.

b) Josef, DRZ. 17, 271. Das BeschwerdeG. hat jede nach Erlaß der angefochtenen Vfg. eingetretene Veränderung der Sachlage zu berücksichtigen. Daher darf das dem AG., das die angefochtene Vfg. erlassen hat, vorgeordnete BeschwerdeG. den eingetretenen Gerichtswechsel nicht unberücksichtigt lassen, d. h. hat jenes AG. inzwischen die Vormundschaft an ein anderes Gericht abgegeben, so wird mit dem Wegfall der Zuständigkeit der älteren Unterinstanz auch der ferneren Tätigkeit der ihm vorgesetzten Instanzen die Grundlage entzogen. — Aber aus jener Verpflichtung des BeschwerdeG. zur Berücksichtigung der Tatsachenveränderung folgt nicht dessen Recht, mit rückwirkender Kraft die Rechtsfolgen zu beseitigen, die ein Verhalten der Beteiligten herbeigeführt hatte. Vgl. § 33 unter 2.

2. a) Rostock 20. 11. 16, MecklZ. 35, 191. In einem Verfahren aus § 1636 BGB. betreffs der Erziehung der Kinder geschiedener Eheleute hatte das VormG. eine Entsch. erlassen, gegen die der Ehemann Beschwerde eingelegt hatte; im Lauf des BeschwVerfahrens überreichte er nun dem BeschwG. Schriftsätze; da dieses aber bei deren Eingang

bereits über die Beschw. dahin Beschluß gefaßt hatte, daß sie zurückzuweisen sei, so ließ es die Schriftsätze unberücksichtigt. Auf dieses Verfahren des BeschwG. gründete der Beschw-Führer die weitere Beschw., die das OLG. verwarf, weil die Nichtberücksichtigung von Schriftsätzen, die zur Zeit der Beschlußfassung dem BeschwG. noch nicht vorlagen, keine Gesetzesverletzung enthalte.

b) Josef, DRZ. 17, 398 (gegen KGJ. 46, 1, JDR. 14 unter 1). Wie alle Verfügungen, so werden auch die Entscheidungen des BeschwerdeG. nach § 16 wirksam erst mit der Bek. an die Beteiligten; folglich ist das BeschwerdeG., auch wenn es sich über die auf die Beschw. zu erlassende Entsch. bereits schlüssig gemacht hat, berechtigt, diesen Beschl., solange er nicht zugestellt ist, noch beliebig zu ändern, wozu ihm insbesondere Anführungen der Beteiligten, die ihm nach der BeschlFassung zugehen, Anlaß geben können. Aber das BeschwerdeG. ist zu einer solchen Änderung nicht verpflichtet; denn während das AG., das mit der fortdauernden und fortlaufenden Bearbeitung einer Angelegenheit betraut ist, nach § 18 FGG. jeder Änderung der Sachlage Rechnung zu tragen verpflichtet ist, besteht die Verrichtung des BeschwerdeG. nur in der Entsch. auf die Beschw. Ist diese erfolgt (d. h. ist die vom Berichterstatter mit den Gründen abgesetzte Entsch. von allen Kammermitgliedern unterzeichnet), so ist die Verrichtung des BeschwerdeG. beendigt; neue Anführungen der Beteiligten sind dem AG. vorzutragen, das auf deren Grund in einem neuen Verfahren eine neue Vfg. zu erlassen hat, die von der des BeschwerdeG. auch abweichen kann.

3. a) Stuttgart 10. 11. 16, R. 17 Nr. 107, ZBlFG. 17, 429 Nr. 422b. Antrag und Begründung sind für die Beschwerde nirgends vorgeschrieben. Wird ein Antrag gestellt oder eine Begründung gegeben, so entbindet dies das Gericht nicht von seiner gesetzl. Pflicht, erschöpfend zu prüfen, ob die angefochtene Entsch. nach den Vorschriften des materiellen Rechts wie des Verfahrens gerechtfertigt ist.

b) Stuttgart 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1140, ZBlFG. 18, 111 Nr. 92. Wie für das Beschwerdeverfahren ein Antrag überhaupt nicht vorgeschrieben ist, so ist das Gericht der ersten Beschw. auch nicht auf die Prüfung des vom BeschwFührer angeführten Beschw-Grundes beschränkt. Es hat die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entsch., soweit sie angefochten ist, allgemein und allseitig ohne Beschränkung auf den etwa angegebenen Beschw-Grund zu prüfen und erforderlichen Falles nach § 12 FGG. zu verfahren. Von einer Beweislast des BeschwFührers kann nicht allgemein die Rede sein. Ob der BeschwFührer Darlegungen gibt und Beweise anbietet, wird dann erheblich, wenn das BeschwG. bei Prüfung von Amts wegen zu der Feststellung gelangt, daß ihm keine Beweismittel zu Gebote stehen.

§ 24.

KG. 5. 3. 15, OLG. 33, 382, ZBlFG. 17, 429 Nr. 425. § 24 Abs. 2 würde einen Aussetzungsbeschluß des LG. nur dann rechtfertigen, wenn dessen Sachentscheidung mit der weiteren Beschwerde angefochten worden wäre; denn nur der iudex a quo kann nach § 24 Abs. 2 die Vollziehung seiner Entscheidung aussetzen. Nach § 24 Abs. 3 kann allerdings das BeschwG. vor der Entsch. eine Anordnung, besonders auf Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Vfg., erlassen. Das LG. könnte danach also die Aussetzung der amtsgerichtl. Vfg. anordnen, nicht dagegen seiner eigenen in der BeschwInstanz erlassenen Sachentscheidung.

§ 25.

Schrifttum: Josef, Mangelnde Begründung der beschwerdegerichtl. Entscheidung, DRZ. 17, 128.

1. BayObLG. 22. 8. 17, ZBlFG., 18, 313. Entscheidungen der AG. bedürfen keiner Begründung (JDR. 11 unter 1).

2. (Mangel der Gründe.) a) Karlsruhe 12. 7. 16, BadRpr. 17, 75, ZBlFG. 18, 112 Nr. 93a. Nur auf Grund einer ausreichenden Feststellung der für erwiesen erachteten

Tatsachen durch das BeschwG. vermag das Gericht der weiteren Beschw. zu prüfen, welche Gründe das BeschwG. zu seiner Entsch. bestimmt haben und ob das Ges. auf den gegebenen Fall richtig angewendet ist.

b) BayObLG. 29. 8. 17, R. 17 Nr. 1888. Die unterlassene Untersuchung und Begründung der örtl. Zuständigkeitsfrage enthält einen Verstoß gegen § 25.

c) Josef, DRZ. 17, 128. Selbst wo die Feststellungen des AG. durch die Beschwerde als unrichtig und unbegründet angefochten sind, kann das BeschwG. stillschweigend auf sie Bezug nehmen; es genügt, wenn nur aus den Rechtsgründen der BeschwEntscheidung ersichtlich ist, welchen Sachverhalt das BeschwG. als tatsächlich festgestellt erachtet. Mängel in der Darstellung des Tatbestandes führen also nur dann zur Aufhebung der BeschwEntscheidung, wenn dadurch der Überblick über den Sachverhalt derart erschwert ist, daß das Gericht der weiteren Beschw. die Prüfung der rechtl. Begründetheit nicht mit Sicherheit vornehmen kann (gegen Karlsruhe, JDR. 15 unter 2a). — Über das vom BeschwG. zu beobachtende Verfahren hat das Ges. keine Vorschriften; es beruht also nicht auf Verletzung eines Ges., wenn das BeschwG., da wo das AG. den Antrag aus mehreren Gründen zurückgewiesen hat, von der Erörterung der übrigen Gründe absieht, weil es schon einen der amtsgerichtl. Gründe als die Zurückweisung rechtfertigend erachtet. Es ist nur empfehlenswert für das BeschwG., in solchen Fällen auch die Erörterung, ob die übrigen Voraussetzungen des Antrages vorliegen, in die Begründung der Entsch. aufzunehmen, damit das OLG., wenn es die vom LG. vermißte Voraussetzung als vorhanden annimmt, auch die anderen Voraussetzungen als zu seiner Entsch. gediehen ansehen und die Angelegenheit ohne Zurückverweisung durch endgültige Entsch. erledigen kann (gegen KG. JDR. 15 unter 2b).

d) BayObLG. 28. 7. 17, LeipzZ. 17, 1271. Der Umstand, daß die Aussagen der Zeugen in den Gründen nicht erwähnt sind, beweist nicht, daß der Richter diese Aussagen unbeachtet gelassen hat, sondern regelmäßig nur, daß er ihnen keine ausschlaggebende Bedeutung beigelegt hat. Die Nichterwähnung der Aussagen enthält also keine Gesetzesverletzung.

e) BayObLG. 27. 1. 17 (wirtschaftliches und rechtliches Interesse), s. zu § 57 Nr. 3 unter b.

3. KG. 2. 6. 16, vgl. oben § 20 II 5 (JDR. 13 unter 3).

4. Rostock 18. 12. 16, OLG. 34, 238, ZBlFG. 18, 240. Bei Erfolg der Beschwerde sind dem BeschwFührer, dessen Antrag das AG. zurückgewiesen hatte, die gezahlten Gerichtskosten zu erstatten.

§ 27.

Schrifttum: Josef, Beschwerde wegen Aussetzung des Verfahrens, MecklZ. 35, 401. — Derselbe, Mangelnde Begründung der beschwerdegerichtl. Entscheidung, DRZ. 17, 128.

1. BRVO. 8. 3. 17 über freiw. G. in Heer und Marine (RGBl. 219). Die Einlegung der weiteren Beschwerde ist für die in § 1 Nr. 1, 6, 7 und 8 MilStrGO. aufgeführten Personen bedeutend vereinfacht. Die Einlegung kann jetzt durch Erklärung zu Protokoll eines Kriegs- oder Oberkriegsgerichtsrats, eines Disziplinarvorgesetzten, vorgesetzten Beamten oder Gerichtsoffiziers erfolgen. Erfolgt die Einlegung einer sofortigen weiteren Beschw. in dieser Form innerhalb der Notfrist von 2 Wochen seit Bek. der angefochtenen Verfügung, so ist die Notfrist gewahrt. Dazu Rausnitz, DJZ. 17, 420. Die gleiche Bestimmung ist nicht auch für die erste sofortige Beschw. getroffen. Bei dieser bestehen im Felde auch große Schwierigkeiten, die Notfrist zu beobachten, die nur durch Einlegung bei einem der zuständigen Gerichte innerhalb 2 Wochen gewahrt werden kann. — Im übrigen sind die bisherigen Vorschriften der FGG. über Einlegung der weiteren und sofortigen weiteren Beschw. aufrechterhalten. Sie können daher neben den neuen Bestimmungen gewählt werden. Dies ist besonders für die Form der Abfassung der BeschwSchrift durch einen Rechtsanwalt wichtig. — Diese Erleichterung bezieht sich nur auf weitere

Beschwn., die vom Tage des Inkrafttretens der VO., dem 8. 3. 17, ab eingelegt werden. Eine Rückwirkung auf früher eingelegte weitere Beschwn. ist ausgeschlossen.

2. BayObLG. 21. 9. 17, R. 17 Nr. 1890. Hat das BeschwG. nur ausgesprochen, daß der Erbschein nicht verweigert werden könne, und die weitere Anordnung dem NachlaßG. übertragen, so findet hiergegen weitere Beschw. statt (IDR. 13 unter 3).

3. (Weitere Beschw. gegen Aussetzung, IDR. 15 unter 4.) a) Josef, MecklZ. 35, 401 (gegen KG., RJA. 15, 4, IDR. 15 zu § 20 II 4); vgl. I 3 zu § 20.

b) KG. 3. 2. 16, OLG. 34, 318, RJA. 15, 89, R. 17 Nr. 1312, ZBlFG. 18, 41. Die weitere Beschw. ist zulässig gegen eine Entsch. des BeschwG., durch die das Verfahren der ersten Inst. über die Erteilung eines Erbscheins bis zur Erledigung eines Erbrechtsstreites ausgesetzt wird. Nach dem KG. (RJA. 14, 85, IDR. 14 unter 3b) soll gegen einen Beschluß, durch den das BeschwG. die Entsch. der Sache aussetzt, die weitere Beschw. nicht stattfinden. Ob dieser Rechtsauffassung beizutreten wäre, braucht hier nicht erörtert zu werden, denn gegenwärtig ist ein ganz anderer Tatbestand zu beurteilen. In dem vom KG. behandelten Falle fand das BeschwVerfahren durch den Aussetzungsbeschluß nicht etwa seinen Abschluß. Die Sache blieb vielmehr bei dem BeschwG. anhängig. Im Gegensatz hierzu bildet der hier angefochtene Beschluß die sachl. Bescheidung der BeschwFührerin auf die Beschw., die Endentscheidung über das Rechtsmittel. Das LG. hat zwar die Einziehung des beschlossenen, aber noch nicht „erteilten" Erbscheins für ungerechtfertigt, eine Entsch. über den Erbscheinsantrag aber noch nicht für angezeigt erachtet. Unter Aufhebung des amtsgerichtl. Beschlusses hat es das erstinstanzl. Verfahren ausgesetzt, indem es gleichzeitig die Sache zwecks weiterer Erledigung nach rechtskräftiger Beendigung des bei dem LG. in D. schwebenden Rechtsstreits an das AG. zurückverwiesen hat. Diese Entsch. unterliegt unbedenklich der weiteren Beschw. nach § 27.

4. BayObLG. 26. 1. 17, BayObLG. 18, 11, ZBlFG. 18, 112. Die weitere Beschw. ist nur gegen die in der Sache selbst ergehende Entsch., nicht aber gegen solche dieser vorausgehende Anordnungen des BeschwG. zulässig, die, wie ein Zwischenbeschluß auf Anhörung eines Verwandten im Fürsorgeerziehungsverfahren, noch nicht zur Sache selbst Stellung nehmen, sondern das Verfahren vorzubereiten oder zu leiten bestimmt sind (oben 3a).

5. Rostock 3. 10. 16, MecklZ. 35, 192, ZBlFG. 17, 519 Nr. 554. Ist ein nach §§ 132, 134 FGG. erhobener Einspruch unzulässigerweise als Beschwerde behandelt und darüber durch Beschwerdeentscheidung abweisend entschieden, so widerspricht dies Verfahren dem Gesetz.

6. Mangel an Gründen. a) S. zu § 25 unter 2.

b) Josef, DRZ. 17, 128. α. Hat das BeschwerdeG. die vom Ges. verlangte Abhörung eines Beteiligten oder von Auskunftspersonen unterlassen, ohne daß für diese Unterlassung Gründe ersichtlich sind; so ist die BeschwEntsch. aufzuheben auf Grund des § 27 Satz 1, also weil sie auf Verletzung des Ges. beruht. Denn das BeschwG. hat hier ein vom Ges. vorgeschriebenes Mittel zur erschöpfenden Würdigung des Sachverhalts unbeachtet gelassen und die Abhörung hätte möglichenfalls zu einer anderen Entsch. geführt. Nicht aber kann die Aufhebung erfolgen auf Grund des in § 27 Satz 2 angezogenen § 551 Nr. 7 ZPO. Denn diese Vorschrift findet nicht überall Anwendung, wo die BeschwEntsch. in irgendeinem einzelnen Punkt der zureichenden Begründung ermangelt und keinesfalls da, wo sie einen Verstoß gegen andere Sondervorschriften des Verfahrensrechts oder des materiellen Rechts enthält (gegen BayObLG., IDR. 13 zu § 25, 2a).

β. Die weitere Beschw. ist nicht zulässig, wenn die BeschwEntsch. beruht: auf Verletzung einer tatsächl. Vermutung, einer Lebenserfahrung, eines Denkgesetzes (gegen KG., IDR. 13 zu § 25 unter 2b).

γ. Insoweit die dem Gericht übertragene Ausübung eines Ermessens in Frage kommt, kann die weitere Beschw. darauf gestützt werden, daß das Gericht bei der Aus-

übung irre geleitet sei durch eine unrichtige Ansicht über die Richtung und Ausdehnung des Ermessens. Die BeschwEntscheidung beruht dann auf Verletzung der Vorschrift des materiellen oder des Verfahrensrechts, die dem Gericht jenes Ermessen einräumt, nicht aber auf Verletzung des § 25.

7. BayObLG. 20. 4. 17, R. 17 Nr. 1278. Die gesetzl. Schranken des freien Ermessens des VormG. unterliegen der Nachprüfung zufolge weiterer Beschw.

8. BayObLG. 16. 2. 17, BayRpflZ. 17, 291, OLG. 34, 242, R. 17 Nr. 697, ZBlFG. 17, 518 Nr. 552. Die Bayer. VormO. v. 19. 1. 00 ist kein Gesetz i. S. des § 27, sondern nur eine durch das Ministerium erfolgte Zusammenstellung der auf das VormWesen bezüglichen Gesetzesbestimmungen, verbunden mit einer Reihe von Vorschriften über die formelle Gesetzesbehandlung.

9. BayObLG. 20. 8. 17, R. 17 Nr. 1889, ZBlFG. 18, 239 Nr. 221. Ist der Begriff der Glaubhaftmachung verkannt oder ein zulässiges Mittel als gesetzwidrig zurückgewiesen, so findet die weitere Beschw. statt.

10. KG. 2. 2. 17, OLG. 34, 245, ZBlFG. 17, 530. War im Verfahren der Volljährigkeitserklärung ein Verwandter des Mündels geladen, infolge eines in der Vorladung enthaltenen Schreibfehlers aber nicht mehr rechtzeitig gehört, so liegt hierin kein Verstoß gegen § 551 Nr. 5 ZPO. (mangelhafte Vertretung eines Beteiligten); denn der abzuhörende Verwandte ist nicht Beteiligter am Verfahren.

11. Colmar 11. 7. 17, ElsLothJZ. 17, 286, ZBlFG. 18, 245. Dem zur Prüfung einer Vormundschaftsrechnung vom VormG. zugezogenen Sachverständigen steht wegen der Höhe seiner Gebühren die weitere Beschw. nicht nach § 19ff. FGG., sondern nur nach § 568 ZPO. zu.

12. Stuttgart 12. 1. 17, R. 17 Nr. 475. Die weitere Beschw. der StA. wegen Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung des VormG. zu dem Antrag des Vormundes auf Entlassung des Mündels aus dem Staatsverband kann auf neue Tatsachen gestützt werden (JDR. 13 unter 1).

§ 28.

Colmar 8. 9. 16, OLG. 33, 382. Keine Vorlegungspflicht, wenn die reichsgesetzl. Vorschrift nur als landesgesetzliche gilt, wie § 62 RBeamtenG. für elf.-lothr. Staatsbeamte.

§ 29.

1. Einlegung der weiteren Beschwerde „im Felde", s. zu § 27 unter 1.

2. BayObLG. 29. 9. 16, BayObLG. 17, 194, ZBlFG. 18, 24. War der persönl. Verkehr eines Vaters mit seinem Kinde bis zum 3. 9. 16 einschließlich geregelt, ist aber die weitere Beschw. der Mutter hiergegen erst nach diesem Zeitpunkte eingelegt worden, so ist diese Beschw. in der Hauptsache nicht zulässig, da sie im Zeitpunkte der Einlegung gegenstandslos und eine Änderung des angefochtenen Beschlusses zugunsten der BeschwFührerin nicht mehr möglich war. Wegen der Entsch. im Kostenpunkte muß dann noch immer, soweit die Eigenart der weiteren Beschw. dies nicht verbietet, auf die Sache eingegangen werden (vgl. zu § 20 I 6).

3. Rostock 9. 8. 16, MecklZ. 35, 177, ZBlFG. 17, 518. Die Gesetzmäßigkeit der BeschwEntscheidung ist allseitig nachzuprüfen, ohne daß es einer Rüge der Gesetzesverletzung bedarf. Willensakte des Gerichts und anderer Behörden sind der Auslegung durch das OLG. ebenso wie durch das RG. zugänglich.

4. Karlsruhe 13. 5. 16, BadRpr. 17, 38, ZBlFG. 17, 519 Nr. 553. Geltendmachung der örtl. Unzuständigkeit des AG. durch die weitere Beschw.

5. KG. 8. 6. 17, R. 17 Nr. 1492. In Angelegenheiten, auf welche sich das Gesetz btr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen v. 11. 1. 1876 (RGBl. 11) bezieht, steht gegen zurückweisende Verfügungen des RegisterG. dem Urheber das Rechtsmittel der einfachen (fristlosen), nicht der sofortigen Beschw. zu. Nach § 9 des Ges. und

§ 1 der Bestimmungen des RK. über die Führung des Musterregisters v. 29. 2. 1876 (JMBl. 194) wird das MusterR. von den mit der Führung des Handelsregisters beauftragten Gerichtsbehörden, also gemäß § 125 FGG. von den AG. geführt, und kommen die Vorschriften über die Führung des HandelsR., also die §§ 125ff. FGG. auch für das Verfahren in Musterregistersachen zur Anwendung. In Handelssachen findet aber gegen die Vfg. des RegG. das Rechtsmittel der einfachen Beschw. statt. Der nur die sofortige Beschw. zulassende § 146 Abs. 2 FGG. beschränkt sich auf das Anwendungsgebiet des § 145 FGG., dagegen findet er nicht auf die sonstigen durch das HGB. oder andere Gesetze den AG. übertragenen Angelegenheiten der freiw. G. Anwendung.

6. KG. 5. 1. 17, OLG. 34, 250 Anm. 1. Da die die verweigerte Zustimmung der Frau ersetzende Vfg. des VormG. erst mit der Rechtskraft wirksam wird, findet gegen sie die sofortige Beschw. statt; demgemäß ist auch die weitere Beschw. nur als sofortige gegeben, gleichgültig ob auch der BeschwBeschluß einen solchen Inhalt hat, daß, falls er in erster Inst. ergangen wäre, er der sofortigen Beschw. unterlegen hätte (JDR. 13 II 2).

7. Dresden 9. 3. 17, ZBlFG. 17, 516. Enthält die vom BeschwerdeG. dem RegG. erteilte Anweisung eine Gesetzwidrigkeit und hiermit eine Beeinträchtigung des Beschw-Führers, ist diese aber weggefallen, weil das RegG. die gesetzwidrige Anweisung unbefolgt ließ und das Verfahren dem Ges. gemäß regelte, so entfällt der Grund zur weiteren Beschw.; diese ist daher zurückzuweisen. (Das LG. hatte dem AG. die sofortige Löschung von Gesellschaftsbeschlüssen aufgegeben; das AG. hatte indes richtigerweise das in § 142 Abs. 2, 3 bestimmte Verfahren eingeschlagen.)

§ 30.

KG. 7. 6. 16, RJA. 15, 128, ZBlFG. 18, 70. Ist die zwangsweise Verwaltung einer britischen Unternehmung eingeleitet und der Antrag des ZwVerwalters auf Eintragung der von ihm bestellten Geschäftsführer abgelehnt, so entscheidet über seine weitere Beschw. die KfH.

§ 33.

Schrifttum: Josef, Die Aufhebung von Ordnungsstrafe und das richterl. Ansehn, DRZ. 17, 271.

1. KG. 1. 10. 15, KGJ. 48, 117, OLG. 33, 8, RJA. 15, 33, R. 16 Nr. 1981, ZBlFG. 17, 49. Der die Ordnungsstrafe festsetzende Beschluß ist vom BeschwG. aufzuheben, wenn bei Erlaß der BeschwEntscheidung die Strafe schon bezahlt und die Handlung schon vorgenommen war. An der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes wird auch dadurch nichts geändert, daß die Ordnungsstrafe vor Beendigung der zweiten Instanz bezahlt worden ist. — Dagegen

2. Josef, DRZ. 17, 271. Nimmt der Pflichtige die ihm aufgegebene Handlung erst vor, nachdem die Straffestsetzung ihm bekannt gemacht (und danach wirksam geworden) ist, so kommt nunmehr das Rechtswesen der Strafe als bloßes Beugungsmittel nicht mehr in Betracht; das Beharren im Ungehorsam hat vielmehr eine selbständige Folge gehabt, nämlich das Eintreten des angedrohten Nachteils, und die Straffestsetzung enthält den hierauf bezüglichen Ausspruch. Diese selbständige Folge der gerichtl. Entscheidung wird durch die nachträgl. Erfüllung ebensowenig beseitigt, wie die Wirksamkeit sonstiger gerichtl. Entscheidungen (z. B. des Vollstreckungsbefehls oder von Urteilen), wenn sie z. Z. ihres Erlasses gerechtfertigt waren, durch nachträgl. Vorkommnisse beseitigt wird, und insofern hat also das Ordnungsstrafverfahren auch in diesem Fall neben dem nächsten Zweck (Erzwingung der Durchführung von Anordnungen) zugleich den der Vergeltung des Ungehorsams. Daher kann die Beschw. gegen die Straffestsetzung deren Aufhebung nicht deshalb zur Folge haben, weil der Pflichtige nach der Bek. der Straffestsetzung die ihm aufgegebene Handlung vorgenommen hat. Diese Folgerung erscheint auch im Interesse des richterl. Ansehens geboten.

§ 34.

KG. 24. 3. 16, OLG. 33, 1, ZBlFG. 17, 140. Bloße Dienstaufsichtsbeschwerde, wenn der Antrag des BeschwFührers, ihm die Akten in seine Wohnung zur Einsicht zu verabfolgen, abgelehnt ist. Das Rechtsmittel der Sachbeschwerde ist in diesem Fall nicht gegeben; das LG. darf also nicht sachlich prüfen; einen Beschl. aber muß es, wenn seine Entsch. angerufen ist, fassen, indem es die Beschw. wegen materieller Unzuständigkeit zurückweist (JDR. 13 zu 14).

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

§ 36.

Schrifttum: Josef, Zuständigkeit des Gerichts bei Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft über Geschwister, ElsLothJZ. 17, 69.

1. BayObLG. 5. 3. 17, ZBlFG. 18, 119 Nr. 126 (JDR. 15 unter 1b). Vgl. zunächst oben Ziff. 2 c zu § 9 BGB. — Ob, wie lange und unter welchen Umständen sich die (außereheliche) Mutter des Mündels an dem Orte des von ihrem Vater für sie begründeten Wohnsitzes tatsächlich aufgehalten hat, welche räumlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen diesem Ort und dem Mündel bestehen, welche Veränderungen des derzeitigen Zustandes in Aussicht genommen sind oder sonst bevorstehen, ist für die Frage der örtlichen Zuständigkeit für die Anordnung der Vormundschaft belanglos. Derartige Umstände können dafür maßgebend sein, ob wichtige Gründe für die Abgabe einer angeordneten Vormundschaft durch das VormG. an ein anderes VormG. nach § 46 vorhanden sind.

2. Josef, ElsLothJZ. 17, 69 (JDR. 15 unter 5). Die Zuständigkeitsvorschrift bei der Geschwistervormundschaft (Abs. 1 Satz 2) setzt nicht voraus, daß die Vorm. (Pflegschaft) für sämtliche Geschwister gleichzeitig erforderlich wird; es genügt, daß nachdem sie über eines der Geschwister bereits angeordnet ist, für das andere demnächst gleichfalls eine Vorm. erforderlich wird. Dabei ist es gleichgültig, daß in diesem letzteren Zeitpunkt die Geschwister den gleichen Wohnsitz haben; die Vorschrift findet vielmehr Anwendung, wenn der Wohnsitz des später zu bevormundenden Kindes jetzt ein anderer ist, als der, den das bereits bevormundete Kind hatte zu der Zeit, wo die Bevormundung dieses Kindes erforderlich wurde. Hatten dagegen die Geschwister stets den gleichen Wohnsitz und ist die über das ältere Kind geführte Vorm. von dem Gericht des Wohnsitzes auf Grund des § 46 an ein anderes Gericht abgegeben, so ist die Voraussetzung für die Geschwistervorm. nicht vorhanden; das jüngere Kind ist vielmehr zu bevormunden bei dem Gericht des Wohnsitzes. Denn der § 36 Abs. 1 Satz 2 ist als Ausnahmevorschrift von der allg. Zuständigkeitsregel einengend auszulegen.

§ 37.

Schrifttum: Josef, Zuständigkeit des Gerichts bei Anordnung der Vormundschaft und Pflegschaft über Geschwister, ElsLothJZ. 17, 69.

1. Josef, ElsLothJZ. 17, 69 (gegen KG., JDR. 14 und 15). Im Interesse derselben Person können mehrere Pflegschaften aus verschiedenen Rechtsgründen angeordnet sein und zwar, da für die örtl. Zuständigkeit nach § 37 Abs. 1 Satz 2 der § 36 in Betracht kommt, das Bestehen einer Pflegschaft aber keine Zuständigkeit für neue Pflegschaften begründet, von verschiedenen Gerichten. Wird sodann für andere Geschwister des Pfleglings eine Pflegschaft erforderlich, so kann in Anwendung des § 36 Abs. 1 Satz 2 das Bestehen einer der Pflegschaften die Zuständigkeit für die neue Pflegschaft nur dann begründen, wenn beide gleichartig sind; eine bereits bestehende Pflegschaft, die mit der neu anzuordnenden nicht gleichartig ist, kann für die Zuständigkeit nicht in Betracht kommen. Bei entgegengesetzter Ansicht entstände der nicht lösbare Zweifel, welche von mehreren für das eine der Geschwister bei verschiedenen Gerichten bereits bestehenden Pflegschaften für die Zu-

ständigkeit der für die anderen Geschwister neu anzuordnenden Pflegschaft maßgebend sein soll.

2. Kiel 11. 5. 16, s. zu § 43.

§ 38.

1. BayObLG. 9. 8. 16, BayObLG. 17, 182, ZBlFG. 18, 28 Nr. 21 (JDR. 15 unter 3). Nach §§ 38, 36 ist dasjenige Gericht zur Bestellung des Pflegers (aus § 1910 Abs. 2 BGB.) zuständig, in dessen Bezirk zu der Zeit, zu der die Anordnung der Pflegschaft erforderlich wurde, der Schutzbedürftige seinen Wohnsitz und in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte. Kann ein Wohnsitz trotz gehaltener Nachforschungen nicht ermittelt werden, so ist die Sache so zu behandeln, als ob der Schutzbedürftige überhaupt keinen Wohnsitz hätte; zuständig zur Einleitung der Pflegschaft ist daher das Gericht seines Aufenthalts zu der Zeit, als die Anordnung der Pflegschaft erforderlich wurde.

2. Josef, ElsLothZ. 17, 295. Der § 38, wonach auf die Zuständigkeit für die Pflegschaft über einen Gebrechlichen die Vorschriften der §§ 36, 37 entsprechende Anwendung finden, regelt nur die örtl. Zuständigkeit der Gerichte und setzt voraus, daß nach anderen Vorschriften die Gerichte zur Anordnung der Pflegschaft überhaupt berufen sind. Die Beamtenkuratel aus § 62 RBG. vom 31. 3. 1873, wonach die vorgesetzte Dienstbehörde die beabsichtigte Zurruhesetzung dem dienstunfähigen Beamten oder seinem nötigenfalls hierzu besonders zu bestellenden Kurator zu eröffnen hat, gehört nicht zu den im bürgerl. Recht geordneten Pflegschaften (§ 1909ff.), sondern sie ist den Gerichten übertragen durch eine Vorschrift des öffentl. Rechts. Bei jener kommen für das Verfahren des VormG. also nicht die Vorschriften des BGB. (§ 1915) zur Anwendung (also z. B. nicht die §§ 1776 bis 1779, 1789, 1837), wohl aber die des FGG. So richtet sich die örtl. Zuständigkeit nach § 38 und das VormG. kann den Kurator nur bestellen, wenn es gemäß § 12 ermittelt hat, daß der Zustand des Beamten ihm die Entgegennahme der Eröffnung und die Entschließung auf diese (§§ 62, 63 RBG.) unmöglich macht. Das VormG. kann ferner nach § 18 die Bestellungsverfügung ändern, d. h. den Kurator entlassen. Dagegen kommen bei der Pflegschaft über einen abwesenden Beschuldigten, wie der Wortlaut des § 334 Abs. 2 StrPO. ergibt, durchweg auch die Vorschriften des BGB. zur Anwendung.

§ 39.

BayObLG. 29. 7. 17, R. 17 Nr. 1891, ZBlFG. 18, 244 Nr. 244. Bei Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft über Ausgewanderte ist zunächst zu prüfen, ob die Abwesenden noch Deutsche sind und wo sich bei der Auswanderung ihr Wohnsitz befand (JDR. 13).

§ 43.

1. Kiel 11. 5. 16, OLG. 34, 242, ZBlFG. 17, 527 Nr. 592. Wenn auch § 36 Abs. 1 auf Einzelverrichtungen des VormG. anwendbar sein soll, so dürfte doch eine hier notwendige entsprechende Anwendung des Satz 2 erfordern, daß wenn es sich um die Notwendigkeit einer Einzelverrichtung für Geschwister handelt und ein Gericht eine solche Einzelverrichtung bereits vorgenommen hat, dieses auch für die entspr. Verrichtungen hinsichtlich der übrigen Geschwister zuständig sein soll. Nicht aber ist § 36 Satz 2 auf die Fälle des § 43 dahin anzuwenden, daß das Bestehen einer Vorm. über eines der Geschwister bei einem Gericht dies nun auch kraft Gesetzes für alle hinsichtlich der übrigen Geschwister etwa notwendig werdenden Einzelverrichtungen des VormG. zuständig machte. Es fehlt alsdann an dem wesentl. Erfordernis des § 36 Satz 2, daß die gleichen Verrichtungen in Frage stehen.

2. Karlsruhe 13. 5. 16, BadRpr. 18, 38, ZBlFG. 17, 519. Zur Entsch. über die religiöse Erziehung der Kinder ist das AG. zuständig, in dessen Bezirk das Kind zu dem Zeitpunkt, in dem das Gericht mit dieser Angelegenheit befaßt wurde, seinen Wohnsitz gehabt hat.

§ 46.

1. „Wichtige Gründe." Einzelfälle ohne wissenschaftliches und besonderes praktisches Interesse. a) BayObLG. 13. 7. 16, ZBlFG. 18, 29. Wichtige Gründe i. S. des § 46 liegen dann vor, wenn durch die Abgabe der Vorm. ein Zustand geschaffen wird, der eine zweckmäßigere und leichtere Führung der Vorm. ermöglicht. Solange sich der Mündel in einer Erziehungsanstalt befindet, wird für seine Person entsprechend gesorgt; der wohl selten notwendig werdende Verkehr mit dem VormG. kann schriftlich erfolgen.

b) BayObLG. 8. 10. 16, LeipzZ. 17, 213, ZBlFG. 17, 439 Nr. 467. Für die Abgabe der Vorm. an ein anderes Gericht sprechen wichtige Gründe dann, wenn die Abgabe eine leichtere und zweckmäßigere VormFührung ermöglicht. Der Umstand, daß ein Vormund noch nicht bestellt worden ist, hindert die Abgabe an ein anderes Gericht nicht. Befinden sich Mutter und Kind im Bezirke des Gerichts und bleibt das Kind dauernd daselbst, so wird auch die Aufstellung eines in diesem Gerichtsbezirk wohnhaften Vormundes nicht zu umgehen sein, da nur eine solche Persönlichkeit die Fürsorge für den Mündel überwachen und rasch und leicht mit der Mutter in Verkehr treten kann. Die Frage, welche Abteilung des Gerichts (Landbezirk, Stadtbezirk) die Vormundschaft zu führen hat, ist für die Übernahmefrage gleichgültig.

c) BayObLG. 23. 4. 17, R. 17 Nr. 1313. Bei entmündigten Geisteskranken ist es besonders sachgemäß, wenn die Vormundschaft am Wohnorte des Mündels und Vormunds geführt wird.

d) Abgabe der Beistandschaft, s. 4b.

2. Darmstadt 16. 3. 17, vgl. § 1666 BGB. unter B I.

3. BayObLG. 19. 10. 16, ZBlFG. 17, 439 Nr. 466. An die Stelle des RG. tritt im Falle des Art. VI RGZustG. v. 22. 5. 10 das OLG., zu dessen Bezirke das Gericht gehört, an das die Abgabe der Vormundschaft erfolgen soll. Diese Zuständigkeit ist für Bayern dem ObLG. nicht übertragen; die Akten sind vielmehr an das OLG. zu leiten, zu dessen Bezirk das um Übernahme ersuchte AG. gehört. Nicht anders wäre zu entscheiden, wenn es sich um einen nach § 5 FGG. zu schlichtenden Streit des um Übernahme ersuchenden und des darum ersuchten AG. darüber handelte, welches von ihnen örtlich zuständig sei.

4. (Beistandschaft.) a) KG. 29. 6. 17, R. 17 Nr. 1495. Zur Abgabe einer Beistandschaft an ein anderes Gericht bedarf es der Zustimmung des Beistandes nur dann, wenn ihm die Vermögensverwaltung nach § 1693 BGB. übertragen ist. In den übrigen Fällen genügt und ist erforderlich die Zustimmung der Mutter als Inhaberin der elterl. Gewalt.

b) BayObLG. 14. 5. 17, R. 17 Nr. 1494. Die Abgabe einer Beistandschaft kann erfolgen, wenn der Beistand dem Kinde bei Beginn eines ländl. Dienstes an die Hand gehen soll.

§ 51.

Schrifttum: Josef, Kriegsbehinderung des Vaters und Gewaltausübung durch die Mutter, ZBlFG. 18, 17.

1. **RG.** (Straff.) 19. 4. 15; 49, 228, OLG. 34, 268 Anm. Nach § 1677 bedingt die Feststellung des VormG. das Ruhen der elterl. Gewalt des Vaters, aber sie bedarf keiner Form und nicht einmal eines besonderen Ausspruchs; sie findet vielmehr nach § 51 FGG. genügenden Ausdruck in der Bestellung des Vormundes und wird hiermit wirksam.

2. Josef, ZBlFG. 18, 17. Nach § 1677 soll auch eine bloße tatsächl. Verhinderung, die nicht vom VormG festgestellt ist, eine Ausübung durch die Mutter zur Folge haben. Trotz dieser gesetzl. Regelung ist allein empfehlenswert das in § 1677 geregelte Verfahren, daß nämlich das VormG. in einem besonderen Beschluß die Behinderung ausdrücklich

feststellt: dieser wird mit der Bek. an die Mutter wirksam (§ 51 Abs. 1 Halbs. 2). Da mit der Bek. nicht der Lauf einer Frist beginnt, so bedarf es keiner förmlichen Zustellung an die Mutter; vielmehr genügt nach § 16 Abs. 1 Satz 2 bloßer Aktenvermerk, doch empfiehlt sich bei den rechtserheblichen Folgen der Bek. zumeist eine förmliche Zust. (preuß. JMV. v. 1. 2. 1910 § 2 unter 2; JMBl. S. 43). Und da die Vfg. wirksam wird mit der Bek. an die Mutter und im übrigen (also abgesehen von der Herbeiführung der Wirksamkeit) eine Bek. von Verfügungen gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, so ist eine besondere Bek. an den kriegsabwesenden Vater nicht gerade erforderlich, aber natürlich sehr empfehlenswert.

§ 57.

Nr. 3. a) Colmar 22. 11. 16, ElsLothNotZ. 17, 1, ZBlFG. 18, 436. Einer elsaß-lothr., durch den Krieg an der Rückkehr aus Frankreich und der Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten verhinderten Ehefrau kann ein Abwesenheitspfleger auch bestellt werden, wenn ihr Geschäftanteil an einer deutschen GmbH. durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag bereits veräußert ist, dies Geschäft aber noch ihrer Zustimmung bedarf. Auch volljährigen französischen Gesellschaftern einer deutschen GmbH. kann ein Pfleger nach § 1 Bek. v. 8. 10. 14 bestellt werden, wenn die zu treffende Maßregel sich als notwendige Voraussetzung der Ausübung der Rechte der französ. Gesellschafter bei der Beschlußfassung der GenVers. darstellt. Ein deutscher Mitgesellschafter der GmbH. hat ein rechtl. Interesse an der Anordnung der erwähnten Pflegschaften und ist daher gegen deren Ablehnung beschwerdeberechtigt.

b) BayObLG. 27. 1. 17, BayRpflZ. 17, 159, OLG. 34, 239, R. 17 Nr. 699, 702, ZBlFG. 17, 526. Besteht ein gesetzlich geregeltes schuldrechtl. Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, vermöge dessen die daraus erwachsenen Ansprüche nach Maßgabe des bürgerl. Rechts verfolgt und durchgesetzt werden können (Anerkenntnis), ist hiernach der Gläubiger befugt, auf Zahlung oder Sicherstellung zu dringen, und will er dies Ziel vorerst, auf dem Wege der Verhandlung mit dem Abwesenheitspfleger erreichen, dann hat er an der Änderung der Weigerung des Gerichts, einen solchen Pfleger zu bestellen, nicht nur ein wirtschaftl., sondern auch ein rechtl. Interesse, weil sie nachteilig auf seine rechtl. Beziehungen zu seinem Schuldner einwirkt, und ist daher beschwerdeberechtigt. — Wirtschaftl. Interessen können zugleich rechtliche sein und umgekehrt; dies wird sogar nur ausnahmsweise nicht der Fall sein. Die Unterlassung der Darlegung dieses Ausnahmefalls durch das Beschwerdegericht rechtfertigt daher schon die Aufhebung seiner Entsch. aus § 25.

c) BayObLG. 24. 8. 17, R. 17 Nr. 1892. Der Mutter steht die Beschwerde zu gegen die Ablehnung der Abwesenheitspflegschaft für ihr Kind, da zwischen ihr und diesem vertraglich und gesetzlich geregelte Beziehungen bestehen, auf die jene Pflegschaft von rechtlich geregeltem Einfluß ist.

d) KG. 25. 1. 17, OLG. 34, 274. Ist die wegen Unbekanntheit der Erben angeordnete Nachlaßpflegschaft aufgehoben, weil sich herausstellt, daß des Erblassers Witwe die Erbschaft verspätet ausgeschlagen habe, der Erbe also bekannt sei, behauptete aber die Witwe, ihre Ausschlagung sei rechtzeitig erfolgt, so steht ihr gegen die Pflegschaftsaufhebung nicht die Beschwerde auf Grund der Nr. 3 zu. Denn da sie bestreitet, Erbin geworden zu sein, hat sie an der Nichtaufhebung der Pflegschaft kein Interesse. Vgl. § 20 II 1.

e) KG. 19. 10. 17, OLG. 35, 352. Soll eine für die Witwe und die Kinder eingetragene Hypothek gelöscht werden und ist der Antrag der Witwe, für eines der Kinder eine Abwesenheitspflegschaft anzuordnen, abgelehnt, so steht ihr hiergegen die Beschw. nicht zu, da das Erbengemeinschaftsverhältnis kein rechtl. Interesse an der Bestellung des Pflegers begründet. Dem Eigentümer gegenüber ist die Witwe hinsichtlich ihres eigenen Erbanteils ohne weiteres zur Abgabe der Löschungsbewilligung in der Lage, zur Herbei-

führung der Löschungsbewilligung ihrer Tochter ist sie aber weder als Mutter noch als Miterbin verpflichtet.

Zu Nr. 8. Karlsruhe 7. 7. 16, OLG. 33, 380, ZBlFG. 17, 439. Nach § 57 Nr. 9 ist, soweit die in Frage kommende Anordnung einer der in den §§ 1665—1667 BGB. vorgesehenen Maßregeln die Sorge für die Person des Kindes betrifft, bei Ablehnung oder Anordnung auch zu prüfen, ob der BeschwFührer ein berechtigtes Interesse hat, diese Angelegenheit wahrzunehmen, während § 57 Nr. 8 FGG. dem Verwandten und Verschwägerten des Kindes das BeschwRecht auch ohne den Nachweis eines berechtigten Interesses einräumt.

Zu Nr. 9. a) KG. 19. 10. 14, OLG. 33, 376. Ist der Vormund zum Heeresdienst eingezogen und ist der Antrag seines Generalvertreters, ihn als Pfleger für das Kind zum Abschluß eines Adoptionsvertrages zu bestellten, zurückgewiesen, so steht jenem Vertreter die Beschwerde zu; er ist kraft der Vollmacht Vertrauensperson des Vormundes und setzt sich für des Mündels persönl. Angelegenheiten mit der Beschw. ein.

b) BayObLG. 16. 2. 17, BayRpflZ. 17, 291, OLG. 34, 242, R. 17 Nr. 700, 701, ZBlFG. 17, 529. Dem Ortsarmenverband und dem Gemeindewaisenrat steht die Beschw. zu, wenn das VormG. die Anhörung des Erzeugers abgelehnt hat. Auch der Armenverband hat insbesondere ein berechtigtes Interesse daran, diese Angelegenheit für den Mündel — also nicht bloß seines eigenen finanziellen Interesses halber — wahrzunehmen (FDR. 14 unter 6).

c) Darmstadt 3. 11. 16, HessRspr. 18, 50, ZBlFG. 18, 28. Eine Entscheidung, daß der Wohnsitz des Pfleglings an einem bestimmten Ort begründet und der an einem anderen Ort bestehende aufgehoben sei, betrifft gemäß § 1631 die Sorge für die Person (FDR. 14 unter 7).

d) BayObLG. 16. 3. 17, OLG. 35, 353, R. 17 Nr. 1139, ZBlFG. 18, 117. Ist der Antrag der Mutter, den dem Kind zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen bestellten Pfleger zu entlassen, zurückgewiesen, so steht ihr hiergegen die Beschwerde zu; denn der Unterhaltsanspruch berührt auch die Personensorge (FDR. 14 unter 1b).

e) KG. 16. 6. 16, s. zu § 20 II 6 (Miterben).

f) KG. 10. 7. 14, OLG. 33, 365, ZBlFG. 17, 432. Ein Stiefvater, der, obwohl sechs Jahre mit der Mutter verheiratet, das Kind noch nicht gesehen hat, hat zu diesem keine persönliche Beziehung und ist danach nicht nach Nr. 9 beschwerdeberechtigt (FDR. 15 Nr. 6).

g) Colmar 9. 5. 17, vgl. § 1666 BGB. B VIII 2.

h) BayObLG. 16. 3. 17, R. 17 Nr. 1142, ZBlFG. 18, 115. Die Beschw. aus Nr. 9 ist nur zulässig, wenn sie im Interesse des Mündels erhoben wird; dies ist neben Verfolgung eigener Interessen möglich. Ist in den Beschwerdeschriften kurz angedeutet, daß die Zwistigkeiten zwischen dem Pfleger und der Mutter des Kindes auch das Verhältnis zwischen dem Pfleger und den Pfleglingen nachteilig beeinflussen, so kann hierin die Behauptung gefunden werden, daß mit dem Interesse der Beschwerdeführerin auch die Interessen der Pfleglinge gewahrt werden wollen. Die Beschw. ist daher zuzulassen (FDR. 15 unter 4a).

i) BayObLG. 22. 12. 16, LeipzZ. 17, 416, R. 17 Nr. 698, ZBlFG. 17, 526. Verwandten steht gegen die Bestellung eines Pflegers zwecks Bewilligung einer Hypothekenlöschung kein Beschwerderecht zu; soweit es sich aber um einen Pfleger zugleich für die Person handelt, wird die Beschwerde nicht dadurch unzulässig, daß der BeschwFührer neben dem des Pfleglings auch das eigene Interesse verfolgt.

§ 59.

1. KG. ohne Datum, NaumbAK. 17, 28, ZBlFG. 18, 28. Die Erklärungen und Rechtsmittelschriften eines unter Pflegschaft gestellten nicht entmündigten Volljährigen sind nur dann rechtlich unbeachtlich, wenn er sich in einem die freie Willensbestimmung

ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. Die Feststellung allein, daß er wegen seines geistigen Zustandes nicht imstande sei, seine Vermögensangelegenheiten zu besorgen und daß er daher zu deren Verwaltung einen Pfleger erhalten könne, reicht nicht aus, seine gegen die erfolgte Ablehnung der Aufhebung dieser Pflegschaft gerichtete Beschwerde unbeachtlich zu machen.

2. KG. 5. 10. 17, s. zu § 13 II 2.

Dritter Abschnitt. Annahme an Kindesstatt.

§ 65.

RG. 8. 3. 17, JW. 17, 536. Der Wahlkindschaftsvertrag kann trotz erfolgter Bestätigung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

S. zu § 20 unter V (Beschwerde wegen Berichtigung des Standesregisters).

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

§ 73.

1. Zweibrücken 26. 7. 16, BadNotV. Jahrg. 14, 128, ZBlFG. 17, 442. Die örtl. Zuständigkeit des NachlaßG. beim Ableben einer von ihrem Manne getrennt lebenden Ehefrau richtet sich nicht nach dem Orte des tatsächlichen Wohnens der Ehefrau, sondern nach dem gesetzlichen Wohnsitze des Ehemanns. Dies trifft auch dann zu, wenn die Voraussetzungen des § 1354 Abs. 1 BGB. gegeben sind; auch in diesem Falle teilt die Ehefrau bis zu ihrem Tode den Wohnsitz ihres Ehemannes (§ 10 BGB.).

2. Rostock 29. 1. 17, OLG. 35, 16. Die bloße Einwilligung des Vormundes, daß der Mündel sich zu seiner Ausbildung an einen anderen Ort begeben kann, ist nicht die Einwilligung zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes; jener behält also den Wohnsitz seines Vaters und vor dem Gericht dieses hat der Erbe des Mündels die Erbschaft auszuschlagen. Doch ist auch eine vor dem unzuständigen Gericht erfolgte Ausschlagung, wenn dieses die Erklärung entgegengenommen hat, wirksam (JDR. 14 unter 4).

3. Rücker, Zur Frage der Zuständigkeit für das Nachlaßsicherungsverfahren, WürttZ. 17, 1. Erörterungen btr. der Württemb. Gemeindegerichtsverfassung.

§ 75.

Vgl. zu § 57 Nr. 3 unter d (Beschwerde wegen Aufhebung der Nachlaßpflegschaft).

§ 77.

Schrifttum: Josef, Bestimmung der Inventarfrist bei genehmigungspflichtigem Erwerb einer jurist. Person, BadRpr. 17, 118.

Josef, BadRpr. 17, 118. a) Mit der sofortigen Beschw. kann der Aufgeforderte auch geltend machen, daß er gar nicht Erbe sei, um so mehr also, daß er noch nicht Erbe sei, weil z. B. die staatliche Genehmigung zum Erwerb der Erbschaft der bedachten jur. Person noch nicht erteilt sei.

b) Ist eine jur. Person als Miterbe berufen und bedarf ihr Erwerb nach Landesgesetz einer Genehmigung, so ist nach dem in Art. 86 EGBGB. angezogenen § 2043 BGB. die Auseinandersetzung ausgeschlossen, bis die Entsch. über die Genehmigung erfolgt ist. Hiermit bringt das Ges. allgemein zum Ausdruck, daß jene landesgesetzl. Vorschriften einen (dem den rechtsgeschäftl. Bedingungen ähnlichen) Schwebezustand schaffen, kraft dessen bis zur Entsch. über die Genehmigung ungewiß ist, wer der Erbe ist und daher insbesondere bis dahin die Geltendmachung jenes Erwerbes ausgeschlossen ist. Daher können vor jenem Zeitpunkt auch nicht Anträge gegen den Bedachten gestellt werden, so der Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 1981 Abs. 2) oder auf Bestimmung der Inventarfrist (§ 1994). Bestimmt dem zuwider das NachlaßG. der bedachten juristischen

Person die Inventarfrist, so steht ihr hiergegen die sofortige Beschw. zu (§ 77 Abs. 1); erhebt sie diese nicht, so muß das NachlaßG. ihrem Antrag auf Mitwirkung bei der Aufnahme und auf Aufbewahrung des Inventars stattgeben.

§ 83.

BayObLG. 4. 5. 17, R. 17 Nr. 1491 und 1496 (DJR. 13 unter 2). Die Anregung eines Beteiligten zur Auflegung des Offenbarungseides muß durch Anführung von schlüssigen Tatsachen begründet werden. Jeder Nachlaßbeteiligte hat wegen angeblich mangelhafter Ausübung des gerichtlichen Ermessens nach § 83 Abs. 2 das Beschwerderecht.

§ 84.

BayObLG. 10. 9. 17, ZBlFG. 18, 322. Solange der Erbschein dem Berechtigten noch nicht ausgehändigt ist, kann Beschw. eingelegt werden, insbesondere wenn die Erteilung angedroht ist, falls sich der Gegenbeteiligte nicht beschwert (JDR. 3).

§ 86.

1. AG. Stuttgart Stadt 24. 8. 15 (Gegenmoratorium), s. zu § 1 unter I 2.

2. KG. 24. 3. 16 (JDR. 15 IV 2), jetzt auch KGJ. 49, 303 und OLG. 33, 342 (Gutsübergabe im Gegensatz von Auseinandersetzung).

3. Dresden 4. 3. 16, OLG. 33, 387, ZBlFG. 17, 442. Der Ansicht, daß schon das tatsächliche Vorliegen einer, selbst rechtsungültigen, außergerichtl. Erbteilung das gerichtliche Verfahren der §§ 86ff. ausschließe, ist nicht beizutreten; denn ein rechtlich unwirksames Geschäft kann auch nicht die Wirkung äußern, ein neues Geschäft — das vom NachlaßG. zu vermittelnde — auszuschließen.

4. KG. 16. 11. 16, KGJ. 49, 84, ZBlFG. 18, 126. Während der Dauer der Nachlaßverwaltung ist die gerichtl. Vermittlung der Auseinandersetzung unter den Erben unzulässig. Denn während dieser Zeit ist nach den Vorschriften des materiellen Rechts den Beteiligten die Befugnis, über den Nachlaß zu verfügen, entzogen, die doch gerade die Voraussetzung der vertragsmäßigen Auseinandersetzung ist. Dies gilt auch, obwohl Rechtshandlungen der Erben, die dem Verfügungsverbot des § 1984 Abs. 1 Satz 2 BGB. zuwiderlaufen, nur den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksam sind; denn auch diesen würde der Nachlaßrichter nicht zur Vollstreckbarkeit verhelfen dürfen (JDR. 3, 2, 229).

5. Kretschmar, ZBlFG. 18, 6. Materiellrechtl. Erörterungen über Vor- und Nacherben bei der Auseinandersetzung.

6. Josef, ElsLothNotZ. 17, 169. Hat der Erblasser der Erbeinsetzung die Bedingung beigefügt, daß die berufenen Erben das ihnen Zugewandte verlieren sollen, wenn sie den Bestimmungen des Testaments zuwiderhandeln (sog. privatorische Klausel), so sind sie berufen unter der auflösenden Bedingung, daß sie Zuwiderhandlungen unterlassen (§ 2075). Ist der so Berufene pflichtteilsberechtigt, so entspricht es der allgemeinen Übung, daß der Erblasser dieses Pflichtteilsrecht erwähnt und zwar in der Formel der Einsetzung auf den Pflichtteil. Da diese Bestimmung zur Strafe für den Ungehorsam des Erben erfolgt, so will, wie anzunehmen, der Erblasser die Rechtsstellung eines solchen Erben nicht günstiger gestalten, als das Gesetz (§ 2304) sie gestaltet. Die Bestimmung, daß der widersprechende Erbe auf den Pflichtteil gesetzt wird, verfolgt also nicht den Zweck, einem solchen Erben eine besondere Rechtsstellung einzuräumen, sondern will nur eine gesetzliche Folge ausdrücken, die sich aus der vom Erblasser allein gewollten Entziehung des Zugewendeten von selbst ergibt. Ein solcher Erbe ist also als bloßer Pflichtteilsgläubiger nicht berechtigt, die Auseinandersetzung (§ 86 FGG.) oder Erteilung des Erbscheins zu beantragen, auch bei der von den Erben beantragten Auseinandersetzung oder Erbscheinerteilung nicht als Beteiligter zuzuziehen oder als Miterbe aufzuführen. — Als Zuwiderhandlung gegen das Testament gilt, wenn der Erblasser die Auseinandersetzung für bestimmte Zeit ausgeschlossen hat, auch der Antrag auf Auseinandersetzung. Vgl. zu § 1 III 1.

7. Silberschmidt, Die nichtamtl. Erbschaftsauseinandersetzung durch einen Bayer. Notar, BayNotV. 17, 58 (Bayer. Landesrecht).

§ 87.

Schrifttum: Josef, Das Prüfungsrecht des NachlaßG. gegenüber dem Auseinandersetzungsantrag, ElsLothNotZ. 17, 73.

1. AG. Stuttgart Stadt 24. 8. 15, WürttZ. 17, 348, ZBlFG. 17, 442. Die Anfechtung einer Gläubigerbenachteiligung kann nur im Wege der Klage oder Einrede, nicht im Verfahren der freiw. G. geltend gemacht werden. Die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Scheins (§ 117 BGB.) ist aber auch in diesem Verfahren zu beachten; wenn sie bestritten wird, so darf das NachlaßG. deshalb nicht die Einleitung des Verfahrens ablehnen.

2. Dresden 4. 3. 16, OLG. 33, 387, ZBlFG. 17, 442 (JDR. 5 zu § 95 II). Die Fragen, ob eine außergerichtl. Erbteilung wegen unzulässiger Vertretung mehrerer Beteiligter durch denselben Vormund rechtsunwirksam oder durch nachträgliche Genehmigung der Beteiligten wirksam geworden ist, sind nicht im Verfahren der freiw. G., sondern im Prozeßverfahren zu entscheiden. — Besteht rechtlich die Möglichkeit, daß eine Einigung über die A. erzielt werden kann, so hat sich das NachlaßG. auch dann der Vermittlung zu unterziehen, wenn ein Beteiligter ihr widersprochen hat; denn das Verfahren bezweckt gerade eine Teilung ohne Rechtsstreit auch in solchen Fällen zu erzielen, in denen die Beteiligten ohne Hilfe des Richters einen Ausgleich nicht finden können. — Dagegen

3. Josef, ElsLothNotZ. 17, 73. a) Das NachlaßG. hat die Amtspflicht, die rechtl. Begründetheit des gestellten AAntrags zu untersuchen und den Antrag zurückzuweisen, wenn das Verfahren offensichtlich nicht zum Ziel führen kann, so wenn der Erblasser ein Ausländer war oder der Antragsteller seinen Erbteil veräußert hat oder er Alleinerbe oder wenn ein zur A. berechtigter TestVollstr. vorhanden ist.

b) Wo das NachlaßG. die Antrags- oder Erbberechtigung des Antragstellers verneint, weil ihr das Recht eines Gegenbeteiligten entgegenstehe, da kann es von einer sofortigen endgültigen Zurückweisung des Antrages absehen und dem Antragsteller aufgeben, sein Recht im Prozeßweg gegen den Gegenbeteiligten durchzuführen, mag dieser auch sein Recht bisher nicht geltend gemacht haben, und mag das so vorliegende Hindernis durch Einigkeit der Beteiligten beseitigt werden können oder nicht. Das Gericht kann jene Auflage dem Antragsteller daher auch dann machen, wenn es die Erbberechtigung nicht des Antragstellers, sondern eines Dritten für dargetan ansieht. Die Befugnis des Gerichts zu solchen Auflagen ergibt sich aus § 87 Abs. 2; die Auflage ist eine Abweisung zur Zeit, d. h. verbunden mit dem belehrenden Hinweis, daß der Antragsteller nach erfolgter Beseitigung des Hindernisses durch Urteil von neuem das NachlaßG. angehen könne.

c) Ersieht das Gericht, daß der A. die Bestimmung des Erblassers entgegensteht (§ 2044 Abs. 1), so kann es den Antrag nicht sofort zurückweisen, sondern es hat nach der aus § 87 Abs. 2 FGG. ersichtlichen Absicht des Ges. dem Antragsteller Gelegenheit zur Begründung des Antrags (§ 749 Abs. 1) zu geben. Ist diese unzureichend oder verweigert sie der Antragsteller, so ist der Antrag zurückzuweisen; denn das Verfahren dient der Durchführung des auf A. bestehenden Anspruchs, ist folglich abzulehnen, wenn ein solcher dem Antragsteller nach seiner eigenen Angabe nicht zusteht oder er dem Gericht die Prüfung seines Bestehens unmöglich macht.

§ 88.

Schrifttum: Josef, Auseinandersetzungspflegschaft im Falle des § 88 FGG. und Abwesenheitspflegschaft des § 1911 BGB., ElsLothNotZ. 17, 117.

1. OLG. Colmar 19. 4. 17, vgl. II 3 zu Art. 22 EGBGB.

2. Josef, ElsLothNotZ. 17, 117. a) Der Pfleger ist ermächtigt zu allen rechtsgeschäftl. und prozessualen Erklärungen und Handlungen, die die beabsichtigte Aufhebung der Erbengemeinschaft mit sich bringt, also zur Annahme der Erbschaft für den Abwesenden

und zum Antrag auf Erteilung des Erbscheins, ferner zu seiner Vertretung in den Rechtsstreitigkeiten, die während des Schwebens der A. von den Erben oder gegen sie erhoben werden, sowie zur Vertretung des Abwesenden bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die während der A. im Interesse des Nachlasses erforderlich werden, wie bei Kündigung von Nachlaßforderungen.

b) Der Pfleger kann nicht vertreten in der Entschließung über die Erbschaftsausschlagung, wohl aber für den Abwesenden die Erbschaft ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen annehmen.

c) Sobald das NachlaßG. die Auseinandersetzung bestätigt hat, hören die Verrichtungen des Auseinandersetzungspflegers gänzlich auf. Das NachlaßG. hat diese Pflegschaft sodann nach § 1919 aufzuheben, sie endigt also nicht von Rechts wegen.

d) Ist jemand, der als Miterbe in Betracht kommt, verschollen, aber nicht für tot erklärt, so hat das NachlaßG. die Anordnung einer APflegschaft (und ebenso das VormG. die einer Abwesenheitspflegschaft) für den Verschollenen abzulehnen, wenn bei einer Todeserklärung als Todestag nach den §§ 18, 19 BGB. ein Tag anzunehmen wäre, der vor dem Erbfall liegt. Denn in diesem Fall ist der Verschollene nicht Erbe geworden; es liegt also eine Angelegenheit, die der Fürsorge bedarf (§ 1911) gar nicht vor und er ist nicht Beteiligter i. S. des § 88. Im entgegengesetzten Fall ist der Pfleger zu bestellen und der Verschollene im Erbschein als Miterbe aufzuführen.

§ 90.

Rechtshilfe bei Abhaltung des Verhandlungstermins s. zu § 2 III 2.

§§ 91, 93.

Schrifttum: Josef, Vorbereitende Maßregeln oder endgültige A., HessRspr. 17, 323. — Derselbe, Die Versäumniswirkungen der bestätigten A. als Ersatz für die Auflassung, ElsLothNotZ. 17, 73. — Häfele, Bedeutung der nachlaßgerichtl. Bestätigung im Zusammenhang mit der Erteilung des Zeugnisses aus § 99 GBO., WürttZ. 17, 49.

1. KG. 5. 10. 16, DJZ. 17, 336, KGJ. 49, 88, OLG. 34, 246 Anm., ZBlFG. 17, 534. Bei der A. kann die Zustimmung eines Beteiligten zu dem APlan zu gerichtl. Protokoll oder in einer öffentl. beglaubigten Urkunde auch vor dem ATermin wirksam erfolgen. Dies gilt auch wenn die Vermittlung der A. einem preuß. Notar überwiesen ist. — Die Auseinandersetzung ist auch dann zu bestätigen, wenn sämtliche Beteiligte im Termin zwar erschienen sind, einer von ihnen jedoch seine Zustimmung verweigert, obwohl er vorher in gehöriger Form und mit bindender Wirkung zugestimmt hat.

2. Josef, HessRspr. 17, 323 (sowie ein Ungenannter eb. 287) — gegen Darmstadt, JDR. 15 unter 1 —. a) Die Vorschriften des § 91 finden nicht bloß auf die vorbereitenden Maßregeln, sondern auch auf die A. selbst Anwendung. Wenn auch nach § 93 Abs. 1 Satz 1 das Gericht einen APlan anzufertigen und das Einverständnis der Erschienenen mit dessen Inhalt zu beurkunden hat, so genügt hierzu, daß es die von den Erschienenen abgegebenen Erklärungen als Grundlage der A. im AProtokoll verwertet, d. h. diese Erklärungen der Erschienenen beurkundet (Satz 2 eb.); und das Gericht teilt sodann nach Abs. 2 eb. den Ausgebliebenen den Inhalt der Urkunde unter Androhung der Versäumnisfolgen (§ 91 Abs. 3) mit, bestätigt auch die so zustande gekommene Vereinbarung. Es finden also auf die endgültige A. die in § 91 gegebenen Vorschriften über Versäumnisfolgen und Bestätigung durchweg Anwendung.

3. Josef, ElsLothNotZ. 17, 73. a) Ist nach Landesgesetz das NachlaßG. zur Beurkundung der Auflassung zuständig und hat bei der A. der erschienene Beteiligte die zu deren Ausführung erforderliche Auflassungserklärung abgegeben, so erstreckt sich die gegen die Ausgebliebenen eintretende Versäumniswirkung der bestätigten A. auch auf die Auflassung. Zwar kann diese nach § 925 BGB. nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erklärt werden; die im Versäumnisverfahren erfolgende Zustimmung der Ausgebliebenen hat aber nach erfolgter Bestätigung nicht bloß materiell, sondern auch

formell dieselbe Wirkung, die die Zustimmung der Erschienenen gehabt haben würde. Der § 91 Abs. 3 (§ 93 Abs. 2) FGG. ist also eine die Formvorschrift des § 925 abändernde Sondervorschrift für den Fall, daß die Auflassung zur Ausführung einer A. im Verhandlungstermin erfolgt.

b) Erklären die Erschienenen im Verhandlungstermin, daß ein ausgebliebener Erbe gegen eine Geldabfindung wegen aller Ansprüche an den Nachlaß abgefunden sein solle und daß falls der Ausgebliebene (ausdrücklich oder im Versäumnisweg) dem zustimme, eine weitere Auseinandersetzung nicht verlangt werde, so enthält diese Erklärung eine Einschränkung des AAntrages dahin, daß beim Vorliegen jener Zustimmung die Erbengemeinschaft unter den Erschienenen fortbestehen solle, also das Gegenteil einer die A. vorbereitenden Maßregel.

4. BayObLG. 26. 10. 17, BayRpflZ. 17, 392, R. 17 Nr. 2085. Eine Vereinbarung der ABeteiligten dahin, das „VormG. wird gebeten, den Genehmigungsbeschluß für den Pfleger dem amtierenden Notar zuzustellen", enthält eine Bevollmächtigung des Notars zur Entgegennahme der Genehmigung, die der Notar nicht auf sich selbst vollwirksam beurkunden kann (JDR. 15 zu § 171).

5. Häfele, WürttZ. 17, 49. Die Beteiligten können im amtl. Vermittlungsverfahren den Teilungsvertrag von der Erteilung der nachlaßgerichtl. Bestätigung unabhängig machen, sei es durch Verzicht auf die Bestätigung überhaupt oder ohne ihn durch ausdrückliche Erklärung. Wenn ein amtl. Vermittlungsverfahren anhängig ist, hat das NachlaßG. einen solchen unbedingten Teilungsvertrag zu protokollieren, gleichgültig, ob er nur einzelne oder alle Nachlaßgegenstände umfaßt. Betrifft er alle Nachlaßgegenstände, so besteht diese Pflicht nur dann, wenn daneben noch eine Vermittlung vor oder nach der unbedingten Einigung stattfindet, sei es auf Erzielung der Einigung oder in bezug auf den APlan. Ohne diese Vermittlungstätigkeit handelt es sich um eine Beurkundung nach dem 10. Abschnitt des FGG. und ist das württ. ordentl. NachlaßG. hierzu nicht zuständig. Das NachlaßG. hat bei zuständiger Protokollierung des unbedingten Teilungsvertrags die zu seiner Ausführung nötigen Erklärungen auf Auflassung entgegenzunehmen und auf Antrag alsbald ein Zeugnis nach Art. 38 AGBGB. zu erteilen. Auch ohne daß ein von der Bestätigung unabhängiger Teilungsvertrag vorliegt, ist dann, wenn die Auflassungserklärung schon vor der Erlassung des Bestätigungsbeschlusses entgegengenommen wird, das Zeugnis nach Art. 38 unabhängig von dem Bestätigungsbeschluß und seiner Rechtskraft zu erteilen, da die Auflassung nicht unter einer privatrechtlichen Bedingung erklärt werden kann und das Landesgesetz, mangels Vorbehalts hierzu in Art. 143 EGBGB., die Auflassung nicht mittels Rechtsbedingung von ihrem Grundgeschäft abhängig machen konnte. In diesem Falle, wenn also kein unbedingter Teilungsvertrag vorliegt, ist zweifellos Art. 22 AGBGB. entsprechend anzuwenden — — und „soll" die Auflassung vor eingetretener Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses nicht entgegengenommen werden. Die delegierte Zuständigkeit kann den Sinn und Zweck eines Gesetzes nicht ändern. Die ganze Sachlage drängt aufs neue zur Annahme der Zulässigkeit des Bestätigungsverzichts. Nur bei diesem Verzicht ist es stets möglich, eine A. nicht nur in einer Verhandlung zu erledigen, sondern auch sofort den Teilungsvertrag durchzuführen.

§ 95.

1. Streitpunkte, die vor dem Termin hervortreten; ihr Einfluß auf das Verfahren; Prüfungspflicht des Nachlaßgerichts; s. zu § 87.

2. Josef, ElsLothNotZ. 17, 117. Erhebt, während die im notariellen Testament berufenen Erben am AVerfahren beteiligt sind, jemand, der in einem späteren eigenhändigen Testament als Miterbe berufen sein will, gegen erstere Klage auf Anerkennung seines Miterbrechts, so hat ein solcher Streit nicht schlechthin die Aussetzung des Verfahrens zur Folge.

§ 96.

BayObLG. 27. 4. 17, BayRpflZ. 17, 193, OLG. 35, 322, R. 17 Nr. 1315, ZBlFG. 18, 31. Die Eröffnung des AVerfahrens in einem Falle, wo es nach gesetzl. Vorschrift nicht eröffnet werden darf, ist ebenso gesetzwidrig und die Beschwerde nach § 96 Satz 2 begründet, wie ein Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift innerhalb des Verfahrens.

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

Schrifttum: Josef, Die Anwendbarkeit des § 12 FGG. auf Eintragungen im Schiffsregister; die amtswegige Eintragung eines Widerspruchs im Schiffsregister, HoldheimsMSchr. 17, 29. — Derselbe, Die Berichtigung des SchiffsReg. betreffs eines gelöschten Pfandrechts, WürttZ. 17, 248. — Derselbe, Zulässigkeit der Abänderung und Beschwerdefähigkeit von SchiffsregEintragungen, HessRspr. 18, 151.

§ 100.

Josef, HoldheimsMSchr. 17, 28. a) Der § 100 Abs. 2 mit § 18 GBO., wonach das SchiffsRegG., wenn die EintrGrundlagen btr. eines Schiffspfandrechts unvollständig sind, den Eintragungsantrag sofort oder nach erfolgter Fristbestimmung zurückzuweisen hat, hat zur Folge, daß dem RegG. keinesfalls die Verpflichtung obliegt, eine amtswegige Tätigkeit zur Beseitigung der Mängel von Eintragungsgrundlagen aufzuwenden. Im übrigen, also wo die Tätigkeit des SchiffsRegG. nicht in einer Eintragung besteht, sondern z. B. in der Berichtigung von Eintragungen ungesetzlichen Inhalts, in der Erzwingung der Herausgabe von Schiffsbriefen (§§ 119, 120 FGG.), gilt auch für SchiffsRegSachen der Grundsatz, daß das Gericht von Amts wegen den Sachverhalt festzustellen und die hierzu erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten hat.

b) Soweit das SchiffsRegG. Anmeldungen der Beteiligten im Ordnungsstrafverfahren zu erzwingen hat (also betreffs der Eintragung des Schiffs und des Eigentums, sowie einer Änderung der einzutragenden Tatsachen), hat es die Vervollständigung unvollständiger Anmeldungen zu erzwingen, nicht aber selbsttätig die Vervollständigung zu beschaffen und über die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen nur bei besonderen Zweifeln Ermittlungen gemäß § 12 FGG. vorzunehmen.

§ 105.

Josef, WürttZ. 17, 248. Entsprechend dem § 27 GBO. kann auch die Löschung eines Schiffspfandrechts nach § 105 Satz 1 nur mit Zustimmung des Schiffseigentümers erfolgen, und nach § 1263 Abs. 1 BGB. kann die Berichtigung des SchiffsReg., wenn dessen Inhalt mit der wirkl. Sachlage nicht im Einklang steht, nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften des § 894 BGB. erfolgen. Der bloße Umstand aber, daß die Löschung ohne Zustimmung des Schiffseigentümers erfolgt ist, führt keine Unrichtigkeit des Reg. herbei. Denn während eine getilgte Hypothek vor der Löschung dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zusteht, gibt es beim Schiffspfandrecht kein Recht des Eigentümers auf die frei gewordene Stelle; vielmehr erlischt auch ohne Löschung das Schiffspfandrecht mit dem Erlöschen der pfandgesicherten Forderung (§ 1252). Der RegInhalt ist also durch jene Löschung, obwohl sie gesetzwidrig ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgt ist, nicht unrichtig geworden, sondern mit der wirklichen Rechtslage in Einklang gebracht.

§ 119.

1. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 28. a) Aus § 1262 Abs. 2 BGB., wonach das Reg., wenn ein Schiffspfandrecht zu Unrecht gelöscht ist, zugunsten redlicher Dritter als richtig gilt, folgt die Verpflichtung des RegG., wenn es auf Grund des § 119 von Amts wegen gegen die Löschung einen Widerspruch eintragen will, festzustellen, ob Dritte, die nach jener Löschung Eigentum am Schiff oder ein dem mit Unrecht gelöschten im Rang nachstehendes Pfandrecht erworben haben, die Unrichtigkeit des Registers bekannt war. Es genügt aber, daß diese Kenntnis nur glaubhaft gemacht ist.

b) Die amtswegige Eintragung des Widerspruchs ist zulässig bei allen Eintragungen, die auf den Bestand (Bestellung, Übertragung, Löschung) von Schiffspfandrechten Bezug haben, auch wenn sie öffentl. Glauben nicht genießen, andererseits aber, da der sechste Abschnitt des FGG. nur von Schiffspfandrechten handelt, unzulässig gegen die Eintragung des Schiffseigentums oder gegen die Löschung des Schiffs im Reg. Eintragungen dieser Art unterliegen vielmehr der unbeschränkten Abänderung gemäß § 18 FGG.

2. Josef, HessRspr. 18, 151. Das RegG. kann die Eintragung nicht etwa nach § 18 FGG. beseitigen, wenn sie auf irriger tatsächlicher Feststellung beruht; insbesondere kann es ein Schiffspfandrecht, dessen Eintragung auf die Bewilligung des als Eigentümer Eingetragenen erfolgt ist, nicht deshalb löschen, weil sich nachträglich ergibt, daß der Eingetragene gar nicht der wahre Eigentümer war. Insoweit aber die Eintragung auf Verletzung gesetzlicher Vorschriften beruht, ist die Zulässigkeit der Widerspruchseintragung nicht davon abhängig, daß der Eintragung des Schiffspfandrechts der öffentliche Glaube zusteht. Denn der § 119 unterscheidet in dieser Richtung nicht und die Widerspruchseintragung bezweckt nicht nur den Schutz des öffentl. Glaubens, sondern auch weitere Täuschungen und Schadensersatzansprüche zu verhüten, die durch das Weiterbestehen der unrichtigen Eintragung herbeigeführt werden könnten.

3. Schaps, Schiffsregister und Hilfskriegsschiffe, JW. 17, 647, Erläuterung der BRVO. v. 16. 5. 17 (JDR. 15, 679).

§ 122.

Josef, HessRspr. 18, 151. Der § 122 schreibt nicht eine Ausschließung der Beschwerde gegen die Eintragung von Schiffspfandrechten vor, sondern nur eine Beschränkung der Beschwerdeabhilfe auf die in § 119 bezeichneten BeschwGründe, sowie weiter, daß, falls die Eintragung auf Verletzung gesetzlicher Vorschriften beruht, die Beschwerdeabhilfe nicht durch Löschung, sondern durch Eintragung eines Widerspruchs zu erfolgen hat. Auch hier gilt das zu § 119 (oben unter 2) Gesagte; das BeschwerdeG. kann also die Eintragung des Widerspruchs anordnen bei allen Eintragungen, die auf den Bestand (Bestellung, Übertragung, Löschung) von Schiffspfandrechten Bezug haben, auch wenn sie öffentl. Glauben nicht genießen.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

§ 127.

Josef, HoldheimsMSchr. 17, 25 (Nichtbefolgung der Auflage zur Klageerhebung), s. zu § 140 unter 3.

§ 129.

Schrifttum: Josef, Die Bezeichnung des zur Anmeldung Verpflichteten i. S. des § 129 und die Form des vom Notar zu stellenden Eintragungsantrags, HoldheimsMSchr. 17, 176, zu vgl. § 78 GmbHG.

§ 132.

1. Josef, WürttZ. 17, 233 (§ 13 I 1). Ermächtigt der gesetzl. Vertreter mit Genehmigung des VormG. den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§ 112), so ist der Minderjährige verpflichtet, es zum HandReg. anzumelden, und gegen ihn hat sich das Ordnungsstrafverfahren zu richten.

2. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 26; zu vgl. § 37 HGB.

3. Rostock 3. 10. 16 (Behandlung des Einspruchs als Beschwerde) s. zu § 27 unter 5.

§ 133.

1. Josef, DRZ. 17, 271 (gegen KG., JDR. 15). Die Beschwerde gegen die Straffestsetzung kann deren Aufhebung nicht deshalb zur Folge haben, weil der Pflichtige nach der Straffestsetzungs-Bekanntmachung die ihm aufgegebene Handlung vorgenommen hat. Näheres zu § 33 unter 2.

2. KG. 23. 6. 16, KGJ. 49, 140, ZBlFG. 18, 130. Der verspätete Einspruch gegen die Androhung einer Ordnungsstrafe ist wegen dieses Formmangels ohne weiteres zu verwerfen, ohne daß auf die Sache selbst eingegangen werden kann. In KGJ. 40, 83 ist zwar für den Fall, daß der Auflage erst nach Fristablauf genügt wird, ausgesprochen, daß trotz der Verspätung die angedrohte Strafe nicht mehr festgesetzt werden könne. Die Gründe hierfür (Willensbeugung als Zweck der Ordnungsstrafe; erneute Vfg. nach § 133) gelten jedoch nicht für den Fall, daß nach Ablauf der Frist nicht die gesetzliche Verpflichtung erfüllt, sondern nur Einspruch eingelegt wird. Der Zweck des Ordnungsstrafverfahrens ist in diesem Falle noch nicht erfüllt, und die Androhung einer neuen Strafe unter Verwerfung des verspäteten Einspruchs widerspricht weder dem Ziele des Verfahrens noch der Natur der Sache.

§ 140.

Schrifttum: Josef, Ordnungsstrafverfahren wegen unbefugten Firmengebrauchs bei Verletzung bloßer Vertragsrechte und gegen den Vermächtnisnehmer des Handelsgeschäfts, HoldheimsMSchr. 17, 25.

1. KG. 26. 2. 15, OLG. 34, 330. Ein Gebrauch der Firma liegt auch darin, daß diese, obwohl z. B. ein Gesellschafter die in § 24 Abs. 2 HGB. vorgeschriebene Einwilligung nicht erteilt hat, im HReg. eingetragen bleibt. Die Strafe kann daher auch für den Fall angedroht werden, daß die Löschung nicht beantragt werden sollte. Dagegen kann die Anmeldung der Löschung nicht aufgegeben werden, da dies über die in § 140 gegebenen Befugnisse hinausginge.

2. KG. 19. 5. 16, vgl. § 4 Ziff. 3 GmbHG.

3. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 25; zu vgl. § 37 HGB. (Verletzung bloßer Vertragsrechte; Vermächtnisteilnehmer).

§ 142.

1. KG. 27. 10. 16, KGJ. 49, 109, ZBlFG. 18, 130. Die Eintragung, daß eine off. HG. nach dem Tode eines Gesellschafters durch die überlebenden Gesellschafter und „durch die Erben des Verstorbenen in ungeteilter Erbengemeinschaft" fortgesetzt werde, ist unzulässig und v. A. w. zu löschen.

2. KG. 16. 6. 16, KGJ. 49, 138, RJA. 15, 162, R. 17 Nr. 1316. Die Benachrichtigung von der beabsichtigten Löschung muß zum Ausdruck bringen, daß die Löschung mit Sicherheit zu erwarten steht, wenn kein Widerspruch erfolgt oder dieser die bisherige Stellungnahme des Gerichts nicht erschüttern kann.

3. Kreß, KGBl. 17, 35. Eine RegEintr., wonach für andere Korrespondenzen, als die, die die Gesellschafter verpflichten sollen, die Unterschrift eines Direktors genügt, ist unzulässig; denn die Befugnis, rechtlich bedeutungslose Geschäftsbriefe zu unterzeichnen, hat mit der Vertretungsmacht, über die das HandReg. Auskunft geben soll, nichts zu tun; § 232 Abs. 1 Satz 2 HGB. ist hier also unanwendbar. Solche Eintragungen sind von Amts wegen zu löschen. Ist die Ges. eine VersichGes., so ist das VAufsA. ganz besonders berufen, die Löschung beim RegG. anzuregen.

4. KG. 20. 4. 16, KGJ. 49, 129. Die Führung des Wassergenossenschaftsregisters ist durch Preuß. Landesges. v. 1. 4. 79 den Gerichten übertragen; die §§ 132, 142 FGG. danach auf diese Eintragungen nicht anwendbar.

§ 144.

Dresden 9. 3. 17, ZBlFG. 17, 516. Das BeschwerdeG. kann das RegG. nicht zur Löschung des gesetzwidrigen Beschlusses anweisen, sondern nur zur Einleitung des in § 142 Abs. 2, 3 geordneten Verfahrens. Handelt das RegG. in letzterem Sinne, so ist die Ges. durch den beschwerdegerichtl. Beschluß nicht weiter beeinträchtigt, ihre weitere Beschw. danach zurückzuweisen.

§ 145.

Schrifttum: Josef, Die entsprech. Anwendung des § 145 FGG. auf andere als die in ihm geregelten Rechtsverhältnisse, HoldheimsMSchr. 17, 177.

1. Dresden 9. 3. 16, OLG. 34, 339. Stehen Parteien in einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis, so daß ihnen die Einsicht ihrer Geschäftsbücher zusteht, sind sie aber zugleich im Wettbewerb miteinander, so können sie die Einsicht nur durch einen unbeteiligten Dritten, d. h. durch einen gerichtl. Sachverst. ausüben; diesen hat in entspr. Anwendung des § 145 das für beide Teile zust. RegG. zu ernennen. — Dagegen

2. Josef, HoldheimsMSchr. 17, 177. Der § 145 FGG. ist lediglich eine AusfVorschr. zu bestimmten materiellrechtl. Vorschr. des HGB.; er überweist die Tätigkeit des Gerichts, die bei verschiedenen den Beteiligten gegeneinander zustehenden Ansprüchen erforderlich wird, dem Verfahren der freiw. G. und der Zuständigkeit des AG. Der § 145 kann folglich nicht dazu dienen, die Zuständigkeit des Gerichts der freiw. G. zu begründen in einem Fall, wo der Anspruch, der die Tätigkeit des Gerichts erforderlich machen würde, sich überhaupt nicht auf Vorschriften des HGB. stützt, sondern nur mittelbar aus Vorschriften des allg. bürgerl. Rechts herzuleiten ist. Da die Rechtsverhältnisse aus gesellschaftsähnlichen Verträgen im HGB. überhaupt nicht geregelt sind, so kann folglich, wenn beim Vorliegen eines solchen Vertragsverhältnisses zur Durchführung eines Anspruchs eine gerichtliche Tätigkeit erforderlich wird, z. B. ein Beteiligter sein Recht auf Einsicht von Geschäftsbüchern durch einen Dritten ausüben muß, dieser Dritte nicht durch das Gericht im Verfahren der freiw. G. bestellt werden. Eine analoge (entspr.) Anwendung des § 145 ist bei der gänzlichen Verschiedenheit dieses Falls von den im § 145 geregelten unzulässig.

3. KG. 3. 11. 16, KGJ. 49, 141, RJA. 15, 138, R. 17 Nr. 1308, ZBlFG. 18, 178. Die Nacherklärung (Ergänzung der bereits erfolgten Verklarung; §§ 522 Abs. 4, 524 HGB.) ist unverzüglich zu beantragen; das Gericht hat sie abzulehnen, wenn die Feststellung von Wahrnehmungen beantragt wird, die nicht zurzeit des Unfalls gemacht worden sind und die Anwesenheit bei dem Unfall nicht voraussetzen.

§ 146.

Schrifttum: Josef, Ernennung des Liquidators durch das Gericht unter Zubilligung einer Vergütung. Beginn der Wirksamkeit der Ernennungsverfügung, HoldheimsMSchr. 17, 179.

Josef, HoldheimsMSchr. 17, 179. a) Der Liquidator steht, auch wenn er vom Gericht nach § 146 Abs. 2 HGB. ernannt ist, zu den Gesellschaftern im Verhältnis eines Dienstverpflichteten; der Vertrag kommt zustande durch die Entsch. des Richters einerseits und die Annahme des Amts durch den Liquidator andererseits. Die Entsch. des Richters ersetzt die Anstellungserklärung der Gesellschaft, ähnlich wie ein richterl. Urteil im Fall des § 894 ZPO. Weitere Befugnisse gibt das Ges. dem Richter nicht; namentlich ist die vom Richter dem Liquidator gegebene Zusicherung einer bestimmten Vergütung für die Gesellschafter nicht bindend.

b) Durch die Bek. der Ernennungsverfügung an den Liquidator erlangt dieser die Rechtsstellung nur, wenn er vor der Ernennung sich dem Gericht gegenüber zur Annahme des Amts bereit erklärt hat oder nachträglich zur Annahme bereit ist, welch letzteres sich auch durch schlüssige Handlungen äußern kann.

§ 149.

Hamburg 15. 2. 17, OLG. 34, 394, ZBlFG. 18, 114 § 727 HGB. hat keine neue Zuständigkeit für die ordentl. Gerichte zu schaffen beabsichtigt. Was in § 727 gemeint ist, geht aus § 828 HGB. hervor, der den Schiffer zur Veranlassung des Dispacheverfahrens verpflichtet. Allerdings sagt das Ges. nicht ausdrücklich, daß die Feststellung der Beitragspflicht von Schiff und Ladung zur großen Haverei nur im Wege der Dispachierung erfolgen könne; aber aus dem Zusammenhange geht hervor, daß es solche Regelung als selbstverständlich voraussetzt (§§ 145, 149ff. FGG.). Betreibt danach ein Teil die Dispachierung,

so ist der von ihm Zugezogene genötigt, Widerspruch und Klage zu erheben, wenn nicht die Dispache gegen ihn in Kraft treten soll. Der vom Betroffenen selbständig angestrengte Rechtsstreit würde daher bei Unterlassung des Widerspruchs erledigt und im anderen Fall überflüssig sein.

Achter Abschnitt. Vereinssachen, Güterrechtsregister.

§ 159.

Josef, ZBlFG. 17, 422 (Eintragbarkeit religiöser Vereine in das Vereinsregister), vgl. oben zu § 61 BGB.

Neunter Abschnitt. Offenbarungseid, Untersuchung und Verwahrung von Sachen. Pfandverkauf.

§ 165.

KG. 28. 9. 16, KGJ. 49, 1, OLG. 35, 362. Das Gericht hat lediglich zu prüfen, ob nach dem gestellten Antrag überhaupt ein Fall vorliegt, bei dem es einen Verwahrer zu bestellen hat, ob also nach den Behauptungen des Antragstellers ein Tatbestand der §§ 432, 1217, 1281, 2039 BGB. vorliegt. Dagegen liegt dem Gericht eine Prüfung der Frage nicht ob, ob sachlich der Ablieferungsanspruch an den Verwahrer begründet ist.

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.[1])

§ 170.

1. **RG.** 17. 2. 17, R. 17 Nr. 703, WarnE. 17, 369, ZBlFG. 18, 293 Der Notar, der Mitglied des Kirchenvorstandes ist, ist nicht ausgeschlossen von der Beurkundung der Erklärung, durch die jemand der Kirchengemeinde einen Kaufantrag macht, auch nicht von der Beurkundung der Erklärung, durch die der Kirchenvorstand diese Erklärung des Verkäufers annimmt. Er ist insbesondere bei der Annahmeerklärung, da er hierbei nicht als Mitglied des Kirchenvorstands aufgetreten ist, nicht „Beteiligter" i. S. der §§ 168, 170 (JDR. 14 unter 2).

2. BayObLG. 26. 10. 17 (Bevollmächtigung des Notars zur Entgegennahme der Genehmigung des VormG.), s. zu §§ 91, 93 unter 4.

§ 171.

Schrifttum: Josef, Wahre Begünstigung und bloße mittelbare Besserstellung in notariellen Urkunden, ElsLothNotZ. 17, 217.

1. Schneider, DJZ. 17, 789 (gegen RG., JDR. 15 unter 2). Man wird demjenigen als UBeamten nicht die nötige volle Unbefangenheit, wie sie das Gesetz gewährleisten will, zutrauen, dem aus der zu beurkundenden Verfügung auch nur mittelbar wesentliche Vorteile erwachsen müssen, — entgegen der vom RG. vertretenen Erwägung, das Gesetz habe nur vor Befangenheit durch rechtliches Interesse schützen wollen. Denn das rechtliche Interesse ist nichts anderes, als ein wirtschaftliches, nur noch besonders geschütztes Interesse. Die Abstellung auf den Unterschied eines allein wirtschaftlichen und eines rechtlich-wirtschaftlichen Interesses hat etwas sehr Mißliches und wird nur in den Augen des Juristen etwas bedeuten können. Die feste Grenze mag ohne diese Scheidung allerdings fehlen, und der eine oder andere Streitfall mehr vorkommen. Es wird dann aber doch einer naheliegenden Rechtsempfindung besser entsprochen, und es werden in Wahrheit ungeeignete Personen als UBeamte ferngehalten. — Dagegen

2. Josef, ElsLothNotZ. 17, 217. Der Wortlaut des § 171 Nr. 1 weist darauf hin, daß der Wille des Verfügenden eine aktive Richtung auf Begünstigung des Notars haben müsse, also eine unmittelbare Zuwendung an den Notar beurkundet sein muß, daß folglich der Notar, der nur beim Hinzutritt anderer Tatsachen zur beurkundeten Erklärung aus

---

[1]) U. = Urkunde.

dieser Vorteil hat, nicht als Begünstigter gelten soll. Dies entspricht auch der Ausdrucksweise anderer Gesetze, die die behördliche und rechtsgeschäftliche Verfügung als zugunsten eines Dritten erfolgt nur dann bezeichnen, wenn sie unmittelbar die Verbesserung der Rechtslage des Dritten bewirkt. Übernimmt also der Eigentümer die Verpflichtung zur Überlassung einer Fläche an die Gemeinde und hat die von dieser beabsichtigte Verwendung der Fläche zu Verkehrszwecken zugleich eine Verbesserung des Grundstücks und des sonstigen Vermögens des Notars zur Folge, so ist dieser nicht von der Beurkundung jener Verpflichtung ausgeschlossen. Ebensowenig ist der Notar daher ausgeschlossen von der Beurkundung des Kaufvertrages, wenn eine für ihn selbst eingetragene Hyp. vom Käufer übernommen wird. Denn hier hat nicht schon die Übernahmeerklärung des Käufers, sondern erst die Mitteilung des Verkäufers und die Genehmigung des Gläubigers für diesen einen Rechtserwerb zur Folge, so daß die Übernahmeerklärung des Käufers allein und unmittelbar einflußlos ist (§ 416); und andererseits bezweckt sie nicht die Verbesserung der Rechtslage des Gläubigers, sondern lediglich die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer btr. der Kaufpreiszahlungs- und der HypLöschungspflicht. Ist eine Hypothek zur ersten Stelle eingetragen, zur zweiten Stelle eine solche für den Notar, und der Eigentümer hat sich diesem gegenüber verpflichtet, die erste Hyp. zur Löschung zu bringen, damit der Notar die erste Stelle erhalte, so ist der Notar nicht ausgeschlossen von der Beurkundung der Löschungsbewilligung des ersten Gläubigers und des Löschungsantrages des Eigentümers. Denn eine solche Urkunde enthält wohl in der Löschungsbewilligung eine Verfügung zugunsten des Eigentümers (Schuldners), und diese kann in Verbindung mit dem Löschungsantrag und der Tätigkeit des Grundbuchamts, also mittelbar einen Vorteil für den Notar zur Folge haben; das rechtfertigt aber nicht die Feststellung, daß in der U. eine Verfügung „zugunsten" des Notars getroffen wird. Oder: der Notar hat ein Grundstück formgerecht gekauft und aufgelassen erhalten; solange er nicht als Eigentümer eingetragen ist, kann er die Löschungsquittung der HypGläubiger beurkunden; denn diese geben ihre Erklärungen ab zugunsten des zeitigen Schuldners, d. i. der Verkäufer, nicht schon der Notar, der erst durch die hinzutretende Tätigkeit des Grundbuchamts Eigentümer und hiermit Schuldner werden würde.

§ 176.

Schrifttum: Cohn, Urkundl. Berichtigung und prozessual. Richtigstellung, DNotV. 17, 237.

1. Cohn, DNotV. 17, 237. Das Verkehrsbedürfnis erfordert, daß die Eigenschaft einer öffentl. U. von äußeren sinnfälligen Merkmalen, und nicht von der kaum nachprüfbaren Richtigkeit der beurkundeten Formerfordernisse abhängig ist; um der Verkehrssicherheit willen wird also der Schein der Wahrheit als Wahrheit hingenommen. Die Unrichtigkeit in einer formgerecht entstandenen öffentlichen Urkunde vernichtet daher nicht ihre Eigenschaft als öffentl. U. Zu unterscheiden ist zwischen urkundl. Berichtigung und prozessualer Richtigstellung; die Berichtigung einer U. ist der Natur der Sache nach nichts anderes als eine teilweise neue Beurkundung; sie kann daher nicht bewirken, daß in der U. an Stelle der z. B. unrichtigen Tagesangabe die nicht beurkundete Richtigkeit (die Angabe des richtigen Tages) tritt. Die gegen jedermann wirkende Beweiskraft, die die öffentliche U. bei richtiger Beurkundung gehabt hätte, kann ihr nicht anderweitig verschafft werden. Die prozessuale Richtigstellung dagegen läßt den Inhalt der U. unberührt und äußert ihre Wirkung nur unter den Parteien; sie hat nach § 415 Abs. 2 ZPO. zur Folge, nicht daß der unrichtig beurkundete Vorgang als richtig beurkundet anzusehen ist, sondern nur daß dadurch die Unrichtigkeit beseitigt wird. Mit Abschluß des Protokolls ist dem UBeamten die Herrschaft über seinen Inhalt entzogen, ihm also die urkundliche Berichtigung verboten; er kann aber auf dem Protokoll, den Ausfertigungen, der Registratur über das von ihm über die Testamentserrichtung aufgenommene Protokoll und auf dem das Testament enthaltenden Umschlag die Richtigstellung bewirken.

2. BRVO. 8. 3. 17 (RGBl. 219), s. zu § 1 I 1. Nach § 1 bedürfen künftig zu ihrer Rechtsgültigkeit keiner Ortsangabe mehr: a) die im Felde (§ 5 EGMilStrGO.) von einer militärischen UPerson aufgenommenen Un.; b) die von einer militärischen Behörde oder einer der in § 1 Nr. 1, 6, 7 u. 8 MilStrGO. bezeichneten Personen errichteten Un. An Stelle der Ortsangabe soll nach einer nur instruktionellen Vorschrift die Bezeichnung der Dienststelle genügen, der der Aufnehmende oder Erklärende angehört. Handelt es sich um die Aufnahme der Erklärung eines anderen, so soll auch die Dienststelle, der der Erklärende angehört, in der Urkunde bezeichnet werden. Eine Nichtbefolgung oder unrichtige Befolgung der Vorschriften macht die U. ebensowenig, wie eine beigefügte unrichtige Ortsangabe nichtig. Die Änderungen gelten nach § 3 für alle U. dieser Art, die nach dem 1. Aug. 1914 aufgenommen oder errichtet sind. Daher sind jetzt viele, bisher für ungültig angesehene U., auch eigenhändige Testamente, gültig geworden, und zwar vom Tage der Errichtung an. Dazu Rausnitz, DJZ. 17, 419. Zu den Un. zu a sind alle öffentlichen Un. der streitigen und nicht streitigen Gerichtsbarkeit einschl. der Beglaubigung enzu rechnen; unter die Un. zu b fallen die eigenhändigen Testamente. Eine unrichtige Angabe der Zeit der Errichtung oder das Fehlen einer solchen Angabe macht eine öffentl. U. im Felde — mit Ausnahme der Begl. (§ 4 VO. v. 14. 1. 1915, RGBl. 18) — und eigenhändige Testamente nach wie vor ungültig. Der BR. hat sich anscheinend nicht entschließen können, von diesem Erfordernis abzusehen, obwohl bei der Eile und Aufregung im Felde gerade hierbei leicht verzeihliche Irrtümer vorkommen können.

3. KG. 16. 12. 15, KGJ. 48, 175. Nicht bloß bei notariell aufgenommenen, sondern auch bei notariell begl. Un., die die Grundlage für eine Eintragung bilden, ist die Bezugnahme auf eine Anlage zulässig, wofern nur eine beweissichere Verbindung der U. mit der Anlage besteht.

§ 177.

KG. 1. 10. 15, OLG. 33, 8. Hat ein Mitwirkender seine Unterschrift versäumt, so kann die Nachholung rechtswirksam jedenfalls nur in Gegenwart der anderen mitwirkenden Personen erfolgen; denn jeder Mitwirkende hat die Unterzeichnung durch die anderen Mitwirkenden mit zu bezeugen (JDR. 15 unter 5).

§ 183.

1. Cohn, DNotV. 17, 247. Bei der Beglaubigung der Unterschrift erlangt der UBeamte die Befugnis zur Berichtigung des BeglVermerks wieder, wenn ihm die U. zu diesem Zweck zurückgereicht wird. Die nachträgliche Berichtigung ist zulässig, auch wenn in der Zwischenzeit der Unterschreibende (Beteiligte) gestorben, geschäftsunfähig geworden ist oder die Vertretungsbefugnis verloren hat. (Gegen KGJ. 21, 276, JDR. 3 unter 1.)

2. BRVO. 8. 3. 17 (s. zu § 176 unter 2) § 2. Der öffentl. Beglaubigung der Unterschrift eines Deutschen, der sich als Kriegsgefangener in feindlicher Gewalt befindet, steht es gleich, wenn zwei weitere Kriegsgefangene, die deutsche Militärpersonen sein und mindestens Unteroffizierrang haben müssen, bezeugen, daß die Unterschrift von dem durch sie Bezeichneten herrührt. Zum Beweise der Echtheit der U. ist dann noch eine Legalisation durch ein schriftliches, mit dem Dienstsiegel oder -stempel versehenes Zeugnis einer ausländischen Dienststelle erforderlich, der die Unterschriftszeugen unterstehen.

3. ElsLothNotZ. 17, 162. Zusammenstellung der Vorschriften über Begl. von Unterschriften der im Feld stehenden, zu mobilen Truppenteilen gehörenden Personen und der Kriegsgefangenen. Begl. von Unterschriften und die Legalisation von U. in den besetzten Gebieten.

4. LG. Berlin II 26. 4. 17, KGBl. 17, 59, ZBlFG. 18, 113. Die Beteiligten sind in solcher Weise nach Namen, Vornamen, Stand, Wohnort zu bezeichnen, daß sie sich von anderen Personen deutlich unterscheiden; weitere Angaben braucht der BeglVermerk nicht zu enthalten; insbesondere braucht der Notar nicht zu bescheinigen, daß der Erschienene

zugleich eine für den Akt erhebliche Eigenschaft (Gesellschafter, Geschäftsführer, Ehemann) besitzt.

§ 189.

Josef, DRJ. 17, 418. In den meisten deutschen Bundesstaaten ergingen behufs Regelung der Rechte der Standesherren besondere Gesetze, so in Preußen die Kgl. VO. v. 21. 6. 1815 (GS. 105) und zu deren Ausführung das Gesetz („Instruktion") v. 30. 5. 1820 (GS. 81). Nach § 8 dieser Instr. haben die Standesherren, für die in Preußen das OLG. Vorm.- und NachlaßG. ist, ein Recht darauf, daß sie als der „Herr Antragsteller" oder als die „Frau Beschwerdeführerin" bezeichnet werden, die Vorladungen an sie mit „Durchlaucht", „Erlaucht" ergehen. Das FGG., das das Verfahren dieser Behörden regelt, hat an jener staatsrechtlichen Bestimmung des Preuß. Gesetzes nichts geändert.

§ 199.

BayObLG. 19. 10. 16, s. zu § 46 unter 3.

Personenstandsgesetz.[1]

Schrifttum: Schüler, Führer und Ratgeber in Standesamts-Angelegenheiten btr. die Beurkundung der Geburten, Eheschließungen und Sterbefälle, nebst Anhang über die Veränderung der Standesrechte und Änderung des Familiennamens. Erfurt 1917. — van Hogerlinden, Standesa. 17, 53. Das Standesamt in den Niederlanden. — Scheurer, Die VO. über die Schweizerischen Zivilstandsregister. Zürich 1917.

§ 4.

1. BoschersZ. 17, 9 (Der besondere Stellvertreter des StBeamten), ungenannter Verf. § 4 PStG. ist dahin auszulegen, daß, wenn der GemVorsteher kraft Gesetzes StBeamter ist und über die Stellvertretung keine anderweitige Anordnung getroffen ist, der gesetzl. Stellvertreter kraft Gesetzes eintritt, daß aber auch in dem Falle, daß es bei der gesetzl. Berufung des Ortsvorstehers bleibt, seine und seines gesetzl. Stellvertreters Stellvertretung in der StAmtsführung nach der in § 4 genannten dreifachen Weise erfolgen kann, und daß auf diese Weise ein Stellvertreter des Ortsvorstehers als StBeamter unter Ausschluß des gesetzl. Stellvertreters des Ortsvorstehers bestellt werden kann. Auf diesem Standpunkt steht auch württ. MinVf. v. 11. 11. 13.

2. v. Wider, BoschersZ. 17, 12. Der Amtsverweser des Ortsvorstehers hat sofort nach der Bestätigung auch die StAmtsgeschäfte wahrzunehmen, falls das AG. dagegen keine Bedenken erhoben hat. Der schon vorhandene Stellvertreter des StBeamten tritt nach Bestätigung des Amtsverwesers nur im Falle der Verhinderung des letzteren, wie vorher des Ortsvorstehers, in Tätigkeit, ohne daß es einer Beschlußfassung der höheren Verwaltungsbehörde über teilweisen Widerruf der früher erteilten Genehmigung zu seiner Bestellung als Stellvertreter des StBeamten bedürfte.

§§ 6, 7.

PrOVerwG. 21. 10. 15, E. 70, 98. Hat ein Gemeindeschreiber die Eigenschaft eines GemBeamten, so können ihm die StAmtsgeschäfte dergestalt übertragen werden, daß er sie für diejenige Gemeinde, in deren Dienste er das zur Übernahme jener Geschäfte verpflichtende Amt bekleidet, unentgeltlich versehen muß. Zur Gewährung eines Entgelts kann die Gemeinde auch nicht dadurch angehalten werden, daß das Entgelt für sein GemAmt erhöht wird. Eine Zwangsetatisierung, die solche Erhöhung herbeiführen will, ist unzulässig.

---

[1]) StAmt = Standesamt; StBeamter = Standesbeamter; StReg. = Standesregister.

§ 11.

KG. 3. 3. 16 oben Ziff. VI zu § 20 FGG.

§ 15.

1. a) PrOVerwG. 18. 3. 15, GoltdammersA. 64, 133. Sowohl gegenüber der Eintragung in dem StReg. als auch gegenüber dem Inhalte der Kirchenbücher ist der Gegenbeweis gestattet, daß der gemäß § 845 II 11 preuß. ALR. bei der Geburt des Kindes als Geschlechtsname des Vaters eingetragene Name nicht der richtige Familienname sei. Dieser Beweis kann nicht nur gegenüber den zur Anordnung der Berichtigung berufenen Gerichten, sondern auch gegenüber dem Verwaltungsgericht erbracht werden. b) Ebenso PrOVerwG. 9. 12. 15, E. 70, 316.

2. **RG.** 30. 4. 17, JW. 17, 974, R. 17 Nr. 1361. Eine falsche Beurkundung des StBeamten liegt vor, sobald er in das NebenReg. einen Eintrag aus dem HauptReg., der dort von den Beteiligten noch nicht unterzeichnet ist, in der Weise überträgt, daß er die noch ausstehende Unterschrift als vollzogen wiedergibt. Mit der Herstellung der Beglaubigung einer solchen falschen Abschrift, die von da an ihrer Bestimmung zugänglich wird, ist das Vergehen gegen § 348 StGB. vollendet.

§ 18.

BoschersZ. 17, 161 hält es für unnötig, bei der Anzeige eines Geburtsfalls zum Ausdruck zu bringen, daß und warum der dazu an erster Stelle Verpflichtete die Anzeige nicht erstattet habe, besonders wenn dadurch der Erstverpflichtete z. B. durch den Vermerk, daß er sich zurzeit in Untersuchungshaft befinde, bloßgestellt wird.

§ 22.

1. SächsJMJ. 23. 5. 16, StB. 17, 41. Ist ein fremdländischer Vorname zulässigerweise z. B. weil es sich um den Vornamen eines Ausländers handelt oder eine entspr. deutsche Sprachform fehlt oder die fremdsprachliche Form sich in Deutschland eingebürgert hat, eingetragen worden, so ist eine Verdeutschung im Wege des Berichtigungsverfahrens (§§ 65ff.) ausgeschlossen, vielmehr nur eine Vornamensänderung auf dem hierfür vorgeschriebenen Wege denkbar. Nur wenn der Vorname von vornherein in der deutschen Sprachform hätte eingetragen werden müssen, ist für ein Berichtigungsverfahren Raum.

2. Zivilgericht Baselstadt 14. 3. 16, StB. 17, 59. Nach badisch. LR. erhielt ein uneheliches Witwenkind den Namen, den die Mutter als Ehefrau geführt hat, solange nicht im Prozeßwege festgestellt war, daß das Kind zur Führung dieses Namens nicht berechtigt sei.

§ 25.

I. Legitimation der Kinder von Kriegsteilnehmern. Feststellung durch das VormG.

1. a) BRVO. v. 18. 1. 17, RGBl. 57. Hat ein unehel. Kind, dessen Vater Kriegsteilnehmer ist oder gewesen ist, dadurch die Rechtsstellung eines ehel. Kindes erlangt, daß der Vater die Mutter geheiratet hat, so hat das VormG. dies auf Antrag eines Beteiligten festzustellen und die Beischreibung der Feststellung am Rande der Geburtsurkunde anzuordnen. Die Beischreibung erfolgt in diesem Falle auf Ersuchen des Gerichts. — Sind nach den Landesgesetzen die Verrichtungen des VormG. anderen als gerichtl. Behörden übertragen, so bestimmt die Landeszentralbehörde, welche dieser Behörden für die im Abs. 1 bezeichneten Geschäfte zuständig ist.

b) In Württemberg sind durch JM. 29. 1. 17, Standesa. 17, 49, StB. 17, 38 die ordentl. VormG. für zuständig erklärt worden, in Meckl.-Schwerin durch JM. v. 23. 1. 17, Standesa. 17, 35 von den nichtgerichtlichen VormBehörden die Magistrate sowie die aus den Magistraten verordneten Waisengerichte und sonstigen Deputationen,

die Klosteramtsgerichte und die Hofstaatsgerichte, soweit diesen Behörden nach §§ 22—31 der VO. v. 9. 4. 1899 zur Ausf. des FGG. die Wahrnehmung der Verrichtungen des VormG. obliegt.

2. Vgl. v. Wider, FürsZBl. 9, 86, der empfiehlt, in entspr. Weise die VormG. auch zur Feststellung der Vaterschaft des unehelichen Kindes eines Kriegsteilnehmers zu ermächtigen.

II. Sonstige Fälle der Legitimation.

1. Stuttgart 16. 6. 16, FürsZBl. 8, 191. Die Eintragung der Legitimation des Kindes eines verstorbenen Vaters im GeburtsReg. erfordert eine dem Vater gegenüber zu seinen Lebzeiten rechtskräftig getroffene und infolgedessen für und gegen alle wirkende Feststellung des Kindesverhältnisses.

2. Stuttgart 30. 3. 17, BoschersZ. 17, 255. Die Eintragung der Vaterschaftsanerkennung im StReg. beweist nur die Tatsache der Abgabe der Erklärung, nicht die Tatsache der Beiwohnung oder der Vaterschaft. Die Standesrechte des Kindes sind nicht abhängig von dem Wortlaute des StReg.

3. Josef, HessRspr. 18, 138, 150. Wenn das VormG. das Vorliegen der Voraussetzungen einer Legitimation des Mündels durch nachfolgende Ehe festgestellt hat und daher die Vormundschaft aufhebt (§ 1883 Abs. 2 Satz 1 BGB.), mit dieser Verfügung aber zugleich die Feststellung erfolgter Legitimation verbindet, so ist diese Feststellung keine beweiserhebliche öffentl. Urkunde i. S. des § 26 PStG.

4. Jung, HessRspr. 17, 285 hält, im Gegensatz zu Haberling, HessRspr. 17, 236 eine Berichtigung der im StReg. zu Unrecht abgegebenen Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelich geborenen Kinde im Hinblick auf die Rechtspr. des RG. (RJA. 9, 144; 12, 195) für unzulässig.

§ 26.

I. Kriegerbräute. Namensänderung und Bezeichnung als „Frau“.

1. In einzelnen Bundesstaaten, z. B. in Preußen durch MJ. v. 15. 12. 15, PrVerwBl. 39, 139, StB. 16, 34, Standesa. 16, 26, in Sachsen durch MJ. v. 7. 11. 16, Standesa. 17, 41, StB. 17, 79, in Württemberg durch JM. v. 25. 6. 17, ABl. 51, StB. 17, 110, in Baden durch JM. 28. 7. 16 und 28. 11. 16, JMBl. 76 und 137; Meckl.-Schwerin MdJ. und d. J. v. 19. 1. 17, StB. 27, Standesa. 34, ist vorgesehen, verlobten Mädchen, deren Bräutigam im Felde gefallen ist, zu gestatten, nicht nur den Namen des Verlobten, sondern auch die Bezeichnung „Frau“ zu führen, und beides, z. B. in Württemberg, JM. und MJ. v. 3. 7. 17, StB. 17, 110, oder doch die Namensänderung (nicht auch das verliehene Prädikat „Frau“), so z. B. in Preußen laut MJ. 20. 2. 17, StB. 17, 29, Standesa. 17, 41, im GeburtsReg. zu vermerken.

2. Die Zulässigkeit der Verleihung des Titels (Ehrentitels) „Frau“ und der entspr. Eintragung im StReg. wird in BoschersZ. 17, 271 angezweifelt, dagegen a. a. O. 272, weil die Staatsgewalt als Hüterin der öffentl. Ordnung berechtigt sei, im gegebenen Falle aus besonderen Gründen einer ledigen weibl. Person zu gestatten, entgegen den Gepflogenheiten des gesellschaftl. Lebens die Bezeichnung „Frau“ zu führen, und weil das Landesrecht bestimmen dürfe, daß auch andere Vorgänge, als sie das PStG. vorsehe, in den StReg. eingetragen werden.

II. Änderung von Vornamen.

1. Durch preuß. MJ. 26. 4. 17, StB. 17, 93 sind die RegPräs., in Berlin der PolizeiPräs., ermächtigt worden, fortan über Anträge, welche auf die Genehmigung der Änderung von Vornamen gerichtet sind, ohne Ausnahme selbständig Entsch. zu treffen.

2. SächsMJ. 23. 1. 17, StB. 17, 127, Standesa. 17, 110 hat es abgelehnt, einer Frau die Änderung ihres weibl. Vornamens (Lotte) in einen männl. (Lothar), weil sie einen männlichen Beruf (als Flugzeugführer) ausübe, zu bewilligen.

§§ 56ff.

1. Preuß. MJ. 21. 11. 16, Standesa. 17, 1, StB. 17, 55. Sterbefälle von Kriegsgefangenen, die sich innerhalb des Deutschen Reichs ereignen, sind nach §§ 56ff. anzumelden und vom StBeamten des Sterbeortes zu beurkunden.

2. SächsMJ. 23. 5. 17, FischersZ. 47, 235. Todeserklärungen gelten nicht als Sterbefälle und sind deshalb nicht in das SterbeReg. einzutragen.

§ 58.

1. BayObLG. 8. 6. 17, BayRpflZ. 17, 292, DJZ. 17, 970, R. 17 Nr. 1503. Hat der StBeamte auf eine mündl. Anzeige hin einen Sterbefall eingetragen, ohne zu wissen, daß amtl. Ermittlungen nach § 58 stattgefunden haben, so ist die Eintragung nicht schon aus diesem Grunde ungültig und zu löschen; es bedarf daher auch keiner nochmaligen Eintragung auf Grund der amtl. Mitteilung (BayObLG. 6, 214).

2. Vgl. auch unter Ziff. II 1 zu § 71.

§ 59.

1. BayObLG. 8. 6. 17, BayRpflZ. 17, 292, DJZ. 17, 970, R. 17 Nr. 1504. Die Sterbeurkunde muß nicht nur die Ortschaft angeben, sondern auch die Örtlichkeit genauer bezeichnen, wo der Todesfall erfolgt ist (BayObLG. 8, 373, RJA. 9, 21).

2. Sächs. MJ. 8. 9. 16, Standesa. 17, 35. Bei Kriegssterbefällen genügt eine allgemeine Ortsangabe, wie: „An der Somme“, „am Narew“, „an der Düna“.

§§ 65, 66.

1. BayObLG. 8. 6. 17, BayRpflZ. 17, 292, DJZ. 17, 970, R. 17 Nr. 1505. Ist die Unterschrift des Anzeigenden aus Versehen zwar unter die Urkunde, aber nicht an die für sie nach dem Vordrucke bestimmte Stelle gesetzt worden, und ist dies Versehen aus dem Inhalte der Urkunde ohne weiteres ersichtlich, so ist eine Berichtigung zwecklos und darum unzulässig. Anders, wenn die Unterschrift des Anzeigenden fehlt (SeuffA. 59, 301).

2. Colmar 28. 2. 17, ElsLothJZ. 17, 201. Hat der Ehemann der Mutter eines unehel. Kindes die Vaterschaft zu dem Kinde anerkannt, während er ihm in Wirklichkeit nur nach § 1706 BGB. seinen Namen erteilen wollte, und hat er seine Erklärung wegen Irrtums wirksam (§§ 121, 143 BGB.) angefochten, so kann der Randvermerk der Vaterschaftsanerkennung durch einen die Tatsache der Anfechtung enthaltenden Vermerk berichtigt werden (KGJ. 42, 81). Die Anfechtung ist gegenüber den Beteiligten zu erklären, zu diesem Zwecke genügt aber die Erklärung gegenüber dem VormG., sei es daß man den VormundschRichter als einstweiligen gesetzl. Vertreter des Kindes (BGB. § 1846), oder daß man ihn als Geschäftsführer ohne Auftrag (BGB. § 180 Satz 3) auffaßt. Ob die Anfechtung begründet ist, ist von Amts wegen festzustellen; zu diesem Zwecke kann das Gericht selbst die erforderlichen Aufklärungen vornehmen oder diese dem Antragsteller überlassen oder den Antragsteller auf den Prozeßweg verweisen.

§ 71.

I. Neue Vorschriften der BRVO. v. 18. 1. 17, RGBl. 55, über die Beurkundung von Geburts- und Sterbefällen Deutscher im Ausland (regeln die Beurkundung von Geburten und Sterbefällen von Deutschen, die während des gegenw. Krieges in die Gewalt des Feindes geraten und in das Ausland verbracht worden sind, sofern die Geburten oder Sterbefälle sich vor der Rückkehr in das Inland ereignet haben, durch einen deutsch. StBeamten).

II. Zur Kais. VO. v. 20. 1. 1879 (RGBl. 5). 1. KG. 9. 3. 17, JW. 17, 371, R. 17 Nr. 476, 489, Standesa. 17, 42 und 103, StB. 17, 55 und 69. Für die Anzeige des Todes einer Militärperson, die ihr Standquartier nach eingetretener Mobilmachung verlassen hat, ist die in § 14 der VO. v. 20. 1. 1879 bezeichnete Amtsstelle ausschließlich

zuständig. Daneben ist eine Zuständigkeit für die Erstattung der Anzeige nach § 58 Abs. 2 PStG. nicht begründet.

2. KG. 4. 5. 17, JW. 17, 613, Standesa. 17, 89. Ist eine Eintragung nach § 15 der VO. v. 20. 1. 1879 zu berichtigen, und geht der Berichtigungsantrag von einem anderen als der anzeigepflichtigen Amtsstelle aus, so ist auch diese vor Herbeiführung der Berichtigung nach § 66 Abs. 2 PStG. zu hören.

3. Preuß. Kriegsm. 17. 10. 16, StB. 17, 1. J. S. des § 14b der VO. v. 20. 1. 1879 sind unter den „in gleichem Verhältnis wie Regimentskommandeure stehenden Befehlshabern" die Befehlshaber aller Formationen zu verstehen, die nicht im Regimentsverbande stehen. Außer z. B. den Jäger-Bataillonen, Train-Abteilungen usw. gelten als solche Formationen auch Kompagnien usw., die von ihren Bataillonen usw. abgezweigt sind und für die Dauer dieser Verwendung selbständige — auch in der Verwaltung in sich abgeschlossene — Truppenteile bilden, demnach auch eigene Dienstsiegel und Dienststempel führen.

4. Nach sächs. MJ. 13. 12. 16, StB. 17, 14, Standesa. 17, 26 sind in Sachsen fortan die begl. Abschriften der Listenauszüge der Truppenteile über die Kriegssterbefälle nicht mehr vom MJ., sondern vom Kriegsmin. — Nachweisebüro — anzufertigen und den unteren Verwaltungsbehörden zur Weitergabe an die StÄmter zuzufertigen. Ebenso wird der beim MJ. errichtete Hauptnachweis über die in Sachsen beurkundeten Kriegssterbefälle (VO. v. 5. 1. 16) vom Nachweisebüro fortgeführt.

5. R. BoschersZ. 17, 209. (Zur Beurkundung von Militärsterbefällen.) Schriftl. Anzeigen von Militärsterbefällen sind urschriftlich unterzeichnet dem StBeamten einzureichen; die Zuleitung bloßer Abschriften der von anzeigepflichtigen Stellen gefertigten Anzeigen genügt nur da, wo die Vermittlungsstelle (z. B. der Ersatztruppenteil) selbst anzeigeberechtigt ist und nun ihrerseits ein wenn auch noch so kurzes Vorlageschreiben eigenhändig vollzieht. — Bei Sterbefällen der in ihrem Standquartier befindl. Militärpersonen, die sich in reichsinländ. Kasernen und Lazaretten ereignen, gilt die gesetzl. Frist des § 56 PStG. Unzulässig ist es, für Lazarettsterbefälle oder für bestimmte Arten, z. B. für solche immobiler Militärpersonen zum voraus ein für allemal die Genehmigung i. S. des § 60 PStG. zu erteilen und auch auf Sterbefälle zu erstrecken, die nicht am Sitze des Lazaretts und der genehmigenden Polizeibehörde eingetreten sind. — Soweit die Anzeigen unvollständig sind, wird aus § 59 Abs. 2 PStG. die Befugnis des StBeamten hergeleitet, die unvollständigen Angaben bei der Eintragung, soweit ihm die Verhältnisse amtlich bekannt sind, durch einen als solchen kenntlich zu machenden Zusatz zu ergänzen.

6. Berger, FischersZ. 47, 212. a) Unter „Mobilmachung" i. S. des § 12 der VO. v. 20. 1. 1879 ist die vom Kaiser für das gesamte Feldheer angeordnete Mobilmachung zu verstehen (ebenso RJA. 10. 8. 16). Die VO. findet daher auch auf die Angehörigen solcher Truppenteile Anw., die selbst nicht zu den mobilen Truppenteilen gehören, vorausgesetzt, daß sie ihr Standquartier nach der Mobilmachung des gesamten Feldheeres verlassen haben. Dabei muß allerdings ein gewisser Zusammenhang zwischen der Mobilmachung und dem Verlassen des Standquartiers bestehen, ein solcher ist aber ohne weiteres als gegeben zu erachten, wenn die Entfernung dienstlich befohlen oder doch zugelassen war. Dagegen sieht das RJA. in der unerlaubten Entfernung von der Truppe nicht mehr ein bloßes „Verlassen" des Standquartiers, indessen dürfte auch bei Sterbefällen Fahnenflüchtiger dasselbe staatl. Interesse an der Beurkundung des Sterbefalls obwalten.

b) § 16 der VO. trifft zu, der Sterbefall ist also nach § 56 PStG. zu beurkunden, wenn ein Heeresangehöriger in sein Standquartier zurückgekehrt und dann an einem anderen Orte in einem Reservelazarette verstorben ist. Dasselbe wird aber nach der ratio der VO. anzunehmen sein, wenn der Verstorbene sofort in ein Reservelazarett des Standquartiers verbracht, also nur auf diese Weise in sein Standquartier zurück-

gekehrt war. (Ebenso SächsJM. 16. 3. 17, aM. Standesa. 16, 207 unter 4.) § 56 PStG. ist endlich auch dann anzuwenden, wenn der Verstorbene zur Zeit seines Todes einer immobilen Truppe zugeteilt worden war.

c) Zur Vermeidung der Doppelbeurkundung von Sterbefällen wird in den Fällen, in denen eine Beurkundung nach § 16 der Kais. VO. erfolgt, empfohlen, das StAmt des letzten Wohnsitzes des Verstorbenen, sofern es in Deutschland liegt, hiervon zu benachrichtigen.

§ 73.

KG. 27. 9. 17, R. 17 Nr. 2096. Die Religionsgesellschaften der Mennoniten gehören nicht zu den Anstalten des öffentl. Rechts i. S. des § 17 II 11 preuß. ALR., sondern sind „geduldete" i. S. des § 20, deren Geistliche nicht befugt waren, Beurkundungen von Geburts-, Heirats- und Sterbefällen mit zivilrechtl. Wirksamkeit vorzunehmen (Hinschius, Preuß. Kirchenrecht 12 Anm. 28). Für die Beurkundung der Personenstandstatsachen, die sich in ihnen ereigneten, kam die preuß. VO. v. 30. 3. 1847 in Betracht, wonach diese Tatsachen in ein von dem ordentl. Richter des Ortes zu führendes Register einzutragen waren.

Grundbuchordnung.[1]

Schrifttum: Bourier, Eintragen nach Antrag, BayNotZ. 17, 66. — Buch, Bestandsangaben des Grundb., GruchotsBeitr. 61, 432. — Du Chesne, Die Vollziehung eines durch einstw. Vfg. angeordneten Veräußerungsverbots hinsichtlich eines Liegenschaftsrechts, DNotZ. 17, 205. — Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts (besprochen von Heymann, JW. 17, 512 und Jaeger, LeipzZ. 17, 358). — Lemme, Die nachträgliche Eintragung der Goldklausel, DJZ. 17, 235. — Oberneck, Rechtspr. und Schrifttum des Grundbuchrechts, DNotV. 17, 52. — Siebert, Deutsche GrundbR. in Kurland, DJZ. 17, 636.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 5.

LG. Elbing 21. 7. 17, vgl. oben zu Artt. 62, 64 EGBGB.

§ 11.

Schrifttum: Du Chesne, Gibt es eine Beschwerde gegen Gewährung der Grundb.-Einsicht? ZBlFG. 17, 373.

1. BayObLG. 3. 11. 16, BayNotZ. 17, 29, BayRpflZ. 17, 26, JW. 17, 301, LeipzZ. 17, 66, R. 17 Nr. 281. Das Ges. verlangt nicht Glaubhaftmachung der das berechtigte Interesse begründenden Tatsachen, es begnügt sich vielmehr mit der „Darlegung", eine Fassung, die wie aus der Denkschrift zum Entw. hervorgeht, gewählt wurde, um eine Erleichterung gegenüber dem Entw., der Glaubhaftmachung verlangt hatte, herbeizuführen. Es genügt also im allg., daß die das Interesse begründenden Tatsachen in solcher Art vorgebracht werden, daß der GrundbR. einen überzeugenden Anhalt für ihre Richtigkeit gewinnen kann. Es ist aber nicht erforderlich, sie auch urkundlich zu belegen. Freilich wird der GrundbR. sich nicht unter allen Umständen mit der Behauptung der Tatsachen begnügen können. Es wird Fälle geben, in denen er Glaubhaftmachung derselben verlangen kann. Dies trifft aber nur dann zu, wenn Zweifel an der Wahrheit der behaupteten Tatsachen gerechtfertigt sind.

2. Über die Zulässigkeit der Beschwerde s. Ziff. 1 zu § 71.

---

[1]) Grundb. = Grundbuch; GrundbA. = Grundbuchamt; GrundbR. = Grundbuchrichter.

§ 12.

RG. 3. 10. 17, R. 17 Nr. 2086. Bei feststehendem Verschulden des GrundbR. kann nicht deshalb, weil gleichzeitig ein Verschulden des Rechtsbeistandes des Geschädigten vorgelegen hat, ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten angenommen werden.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

§§ 13ff.

Schrifttum: Schwarz, Die vormgerichtl. Genehmigung einer von einem Vormunde namens seines Mündels erteilten EintrBew., HessRspr. 17, 182.

1. Colmar 14. 6. 17, ElsLothZ. 17, 234. Die Eintr. unbekannter Erben als Berechtigte im Grundb. ist zulässig.

2. KG. 14. 6. 17, JW. 17, 667. Die Eintr. der zwangsweisen Verwaltung von Grundstücken feindl. Staatsangehöriger in das Grundb. ist unzulässig. Die BRVO. v. 26. 11. und 22. 12. 1914 bezwecken nach ihrer amtl. Begr. die Vergeltung gegen die von den feindl. Regierungen angeordnete Beschlagnahme deutscher Unternehmungen und Grundstücke. Die durch die Anordnung begründete Verfügungsbeschränkung besteht dementsprechend nicht zugunsten einer bestimmten Person, sondern ausschließlich im öffentl. Interesse. Sie wirkt unbedingt gegen jedermann und bedarf deshalb auch keiner Eintragung ins Grundb. Mit dem OLG. Hamburg und Colmar (KGJ. 48, 257 und 261) ist deshalb ihre grundbuchrechtl. Eintr. für unzulässig zu halten.

3. KG. 10. 7. 17, vgl. oben zu §§ 1638, 1651 BGB.

4. KG. 22. 6. 16, OLG. 34, 192. Die Eintr. eines Rechtes „für den Eigentümer des Bl. . . . verzeichneten Grundstücks" kennzeichnet zweifelfrei die Eintr. des Rechtes als eines subjektiv dinglichen.

5. Schwarz, HessRspr. 17, 184 erörtert im Anschluß an eine Vfg. des Großherzogl. hess. Min. der Justiz v. 27. 11. 09 die Frage, in welchem Augenblick eine vom Vormunde namens des Mündels erteilte EintrBew. beim GrundbA. eingeht, wenn der Vormund bei dem zugleich als GrundbA. und als VormGericht zuständigen AG. die EintrBew. mit dem Antrag auf Genehmigung und Eintr. in das Grundb. einreicht.

§ 13.

Prüfungspflicht des Grundbuchrichters bezüglich der gestellten Anträge.

1. BayObLG. 18. 7. 16, DJZ. 17, 142. Das GrundbA. darf von dem Nachweise der Zustimmung des Nacherben nur dann absehen, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung offenkundig oder die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen ist. Übrigens ist die Zustimmungserklärung der Nacherben nicht der einzige Weg, um die Umschreibung des zur Erbschaft gehörenden von dem Vorerben verkauften Grundstücks zu ermöglichen. Ist das Recht des Nacherben eingetragen, so hat der GrundbR. nicht weiter zu prüfen, ob die Rechte des Nacherben durch die Vfg. geschädigt werden.

2. LG. Mainz 30. 10. 16, HessRspr. 17, 269. Wenn auch bei Unterschriftsbeglaubigungen im Felde die Unterschrift des Beglaubigenden nebst Stempel und Siegel nur als Ordnungsvorschrift anzusehen ist, so ist damit doch nicht gesagt, daß der GrundbR. sich mit jeder Form der Beglaubigung zufrieden geben müßte. Es steht ihm vielmehr ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht auch bezüglich der Beglaubigung zu. Er muß prüfen, ob eine öffentl. begl. Urk. vorliegt, und dazu gehört, daß der Beglaubigende zur Beglaubigung zuständig ist. Die Feststellung der Zuständigkeit erfordert aber eine Prüfung, ob der Beglaubigende auch wirklich die Person ist, die das Gesetz zur Vornahme von Beglaubigungen ermächtigt. Ist die Beidrückung des Siegels nur Sollvorschrift, so ist es pflichtgemäßes Ermessen des GrundbR., da, wo das Siegel fehlt, die beglaubigende Person als zuständige anderweit zu prüfen. Er kann vielleicht schon aus dem Original der Urk. den Eindruck gewinnen, daß die beglaubigende Person die zuständige ist. Liegt die Ur-

schrift nicht vor und verweigert der GrundbR. den Eintrag, so hat er damit zum Ausdruck gebracht, daß ihm die Überzeugung nicht verschafft werde, daß die Beglaubigung von der zust. Stelle erfolgt ist.

§ 14.

Colmar 4. 3. 17, ElsLothNotZ. 17, 133. Nur der Gl., der einen vollstreckb. Titel gegen sämtl. Miterben des eingetragenen Eigentümers besitzt, kann die Berichtigung des Grundb. beantragen, nicht auch der Gl. eines Miterben, der den Erbteil des letzteren gepfändet hat. Dieser Gl. kann aber von den Miterben deren Zustimmung zur Berichtigung des Grundb. verlangen.

§ 15.

1. KG. 22. 6. 16, OLG. 34, 192. Eintragungsanträge müssen schriftlich gestellt werden.

2. **RG.** 20. 9. 16, GruchotsBeitr. 61, 473, LeipzZ. 17, 205,. Der Antrag i. S. der §§ 13, 15 ist ein an das GrundbA. gerichtetes Begehren und als solches eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die erst Bedeutung erhält, wenn sie dem GrundbA. zugeht. Da hier der Antr. der nach § 13 Abs. 2 Antragsberechtigten im not. Kaufvertrag v. 2. 2. 07 enthalten war, so war für einen gleichen Antrag des Notars auf Grund des § 15 kein Raum; seiner Eingabe v. 30. 3. 07 samt der Einreichung der beigefügten Urk. kommt nur die Bedeutung einer Botentätigkeit, nämlich die Bedeutung einer Übermittlung der Willenserklärung eines anderen, zu. Danach kommt es darauf an, ob der im Kaufvertrag vom 2. Februar 1907 enthaltene EintrAntr. dem GrundbAmt durch die erörterte Tätigkeit des Notars zugegangen ist. Diese Frage ist zu verneinen, weil der Inhalt der Eingabe vom 30. 3. 07 ergibt, daß die in ihr und in der Überreichung der ihr beigefügten Urk. beschlossene Tätigkeit des Notars sich nur auf die Eintragung der Eigentumsänderung bezog und beziehen sollte. Allerdings kann der Notar nach der herrsch. Meinung auch bei seiner nur übermittelnden Tätigkeit von den zu übermittelnden EintrAntr. auch nicht in der Weise abweichen, daß er von den mehreren in ders. Urk. enthaltenen, miteinander zusammenhängenden Urk. nur den einen oder den anderen übermittelt. Hier aber ist der Antrag auf Eintr. der Eigentumsänderung und der Antr. auf Eintr. der Grunddienstbarkeit in verschiedenen Urk. zu verschiedenen Zeiten gestellt und die Beteiligten waren hier und da auch nicht dieselben Personen. Dazu kommt, daß in der Auflassungsverhandlung und nur in ihr die Inanspruchnahme des GrundbA. durch den Satz: „Ausfertigung dieses Prot. ist dem Grundbuchamt zuzustellen" noch besonders vorgesehen war.

§ 18.

KG. 29. 4. 15, OLG. 35, 9. Die Frist muß schon wegen der Rechtsfolgen, die an ihre Setzung geknüpft sind, eine genau bestimmte sein. Eine Entsch., wonach die „baldige" Beibringung einer fehlenden Urk. aufgegeben wird, ist unzulässig.

§ 19.

1. Dresden 10. 2. 17, OLG. 35, 336, SächsOLG. 38, 175. Die an sich auch im Grundb-Verfahren geltende Vorschrift des § 133 BGB. führt nicht dazu, daß die Eintragung einer Rechtsänderung in das Grundbuch auf Grund des Kausalgeschäfts erfolgen kann, wenn mit diesem nicht die ihm entsprechende ausdrückliche Eintragungsbewilligung verbunden ist.

2. **RG.** 25. 11. 16, R. 17 Nr. 108. Ergibt sich aus den Erklärungen des eingetr. Gl. und des derzeitigen Grundstückseigentümers, daß ein Teil der Schuld bereits von dem früheren Eigent. zurückgezahlt worden ist, so ist, da insoweit eine EigentGrundschuld des letzteren entstanden war, eine Löschung der Hyp. nur zulässig, wenn auch eine Bewilligung dieses früheren Eigent. beigebracht wird.

3. KG. 1. 4. 15, OLG. 35, 8. Eine Löschungsbewilligung, in welcher der Gl. erklärt, befriedigt zu sein, ohne die Person dessen zu nennen, der ihn befriedigt hat, ist keine ausreichende Löschungsunterlage. Ein materielles Recht des Gl. wird, wie gerade aus der

Urk. erhellt, durch die Löschung nicht betroffen. Da er erklärt, befriedigt zu sein, kann er eine eigentliche Löschungsbewilligung gar nicht mehr ausstellen.

4. KG. 13. 4. 16 (JDR. 15 Ziff. 3b) auch KGJ. 49, 204, OLG. 34, 220, RJA. 15, 227.

5. Lemme, DJZ. 17, 235, vgl. oben Ziff. 3 zu § 1119 BGB.

6. Du Chesne, Wirkungsarten und Formen der Eintragungsbewilligung R. 17, 578. Durch das rechtskräftige die Verpflichtung zur Abgabe einer EintrBew. aussprechende Urtei lwird die urkundl. EintrBew. nur dann überflüssig gemacht, wenn der Gl. das Urteil zum Zwecke vollstreckungsweiser Eintr. vorlegt. Der Schuldner kann die Vollstreckung des Urteils nicht gegen sich selbst betreiben. Beantragt er die Eintr. gemäß dem vorgelegten Urteil, so wird zwar regelmäßig zu folgern sein, daß er diese Eintr. auch bewilligt. Aber alsdann würde urkundl. Form des Antrags erforderlich sein.

7. Schwarz, HessRspr. 17, 182, vgl. zu §§ 1812, 1821 BGB.

§ 20.

1. Du Chesne, BayNotZ. 17, 41. Auflassung und Eintragungsbewilligung. Neben der außergrundbuchamtl. Auflassung kann die Eintragungsbewilligung nicht schaden, sondern nur nützen und ist keinenfalls überflüssig, weil erst sie den verfahrensmäßigen Verfügungswillen unzweifelhaft zum Ausdruck bringt.

2. Colmar 15. 5. 16, ElsLothZ. 17, 413. X. und der Bürgermeister von O. haben bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar erklärt, daß das Eigentum an Grundstücken des X. von diesem an die Gemeinde O. abgetreten werde. Demnach ist die zur Übertragung des Eigentums erforderliche Einigung i. S. des § 20 erklärt und es bedarf nicht noch des Nachweises, daß X. die Eintr. des Eigentums der Gemeinde bewilligt habe. Die Auflassungserklärung enthält unter allen Umständen diese Bewilligung. Es schadet nichts, daß in der Auflassungserklärung angebrachtermaßen die Erklärung des X. aufgenommen ist, daß er die Ausbuchung der an die Gemeinde abgetretenen Grundstücke bewillige. Deswegen läßt sich nicht sagen, daß er die Eintragung der Eigentumsübertragung nicht bewilligt habe oder daß die Auflassung nicht gehörig erklärt sei. . . . Damit das Eigentum auf Grund der Auflassung übergeht, muß nach § 873 BGB. zunächst die Eigentumseintragung eingetragen werden. Mit dieser Eintr. kann die Eintr. über die Ausscheidung verbunden werden. Daß die Eigentumsveränderung eingetragen werden soll, braucht in dem Antrag auf Ausscheidung nicht besonders hervorgehoben zu werden; das folgt von selbst daraus, daß die Ausscheidung beantragt ist.

§ 21.

1. Du Chesne, Die Zustimmung nach der GBO., GruchotsBeitr. 61, 586, führt aus, daß die Zustimmung der GBO. im Gegens. zu der des BGB. (§§ 876, 877, 880, 1183) eine Sonderart der EintrBew. rein verfahrensmäßiger Natur sei, eine dem Anerkenntnisse der ZPO. ähnliche Erklärung, welche den Zweck hat, den Richter weiterer Sachprüfung zu überheben und auf die die Regeln über die EintrBew. unbedenklich übertragen werden können. Er erörtert sodann, daß auch die Zustimmung des § 21 nur formelle Konsensnatur habe und daß sich damit der Widerspruch zwischen § 21 und dem § 876 BGB. hebe.

2. Predari, GruchotsBeitr. 61, 600 führt demgegenüber aus, daß der § 21 eine materiell-rechtl. Norm enthalte, die eine Abschwächung oder Einschränkung des § 876 Satz 2 BGB. für alle Fälle seiner Anwendbarkeit bedeute.

§ 22.

Schrifttum: Schwarz, Zur Frage des Nachweises und der Pfändung einer auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek.

1. KG. 27. 4. 16, KGJ. 49, 200, OLG. 35, 325. Die erfolgreiche Anfechtung von Hyp. oder Grundsch. auf Grund des AnfGes. seitens nachstehender HypGläubiger stellt zwar eine der Vorrangseinräumung ähnliche Rechtsbeziehung zwischen den Berechtigten her, jedoch besteht der Unterschied gegenüber einer Rangänderung darin, daß die Rang-

änderung zugunsten des Anfechtenden nur obligatorisch wirkt. Eine Berichtigung des Grundb. kann daher auch beim Vorliegen einer Berichtigungsbew. desjenigen, demgegenüber die Anfechtung erfolgt ist, nicht stattfinden.

2. Rostock 19. 1. 17, MecklZ. 35, 278. Im Abs. 2 wird zu einer Berichtigung des Grundb. in betreff der Eintr. des Eigent. nicht die Zustimmung des eingetragenen Nichtberechtigten zur Eintragung der in Wahrheit Berechtigten erfordert, sondern die Eintr. des wirklich Berechtigten zu seiner Eintr. Dies ergibt sich aus der im Abs. 2 vorgesehenen Ausnahme des Falles des § 14.

§ 27.

Du Chesne, Die Zustimmung nach der GBO., GruchotsBeitr. 61, 586. Auch da, wo die Zustimmung als materiellrechtl. Verzicht (§ 1183 BGB.) zur Wirksamkeit des Grundgeschäfts erforderlich ist, soll den GrundbBeamten die Prüfung des Grundgeschäfts erspart bleiben; auch da erfordert deshalb das Ges. (§ 27 GBO.) eine formelle Konsenserklärung. Diese ist demnach nichts weiter als eine EintrBew., die nur einen abw. Namen hat, weil sie nicht durch die Einigung im engeren Sinne, sondern durch das besondere materiellrechtl. Erfordernis der Zustimmung veranlaßt worden ist. In Wirklichkeit aber ist die Zustimmung als formeller Konsens mit der Zustimmung als materieller Verzicht ebensowenig wesensgleich, als es die EintrBew. und die Einigung sind.

§ 29.

1. Du Chesne, Wirkungsarten und Formen der Eintragungsbewilligung, R. 17, 578, wendet sich gegen KGJ. 46, 200, wonach die zur Eintragung einer Vormerkung erforderliche Bew. formlos erklärt werden könne.

2. Kiel 2. 11. 16, SchlHolstAnz. 17, 91. Von dem Testamentsvollstr. kann der strenge urkundl. Nachweis gemäß § 29 nicht gefordert werden, daß kein unentgeltl. Geschäft vorliegt. Vielmehr hat der Grundbuchrichter an der Hand des ihm vorgelegten Materials frei zu würdigen, ob für das Vorliegen eines unentgeltl. Geschäfts ein Anhalt vorliegt.

3. Oldenburg 15. 3. 16, ZBlFG. 17, 304. Die in einem Prozeßvergleich erklärte Bewilligung der Berichtigung des Grundb. bildet eine taugliche EintrGrundlage, auch ohne daß eine öffentl. begl. Vollmacht des Parteivertreters beigebracht wird.

4. Kretschmar, ZBlFG. 17, 305, kommt bei Besprechung der vorstehenden Entsch. zu demselben Ergebnis. Es besteht eine Vermutung für die Ordnungsmäßigkeit der Vollmacht und die Vermutung muß auch für das GrundbVerfahren genügen.

§ 36.

Colmar 17. 3. 17, ElsLothNotZ. 17, 136. Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstr. genügt das Zeugnis des NachlaßG. über die Ernennung. Dieses beweist auch die Annahme des Amtes durch ihn; denn das NachlaßG. darf das Zeugnis nur erteilen, wenn der TestVollstr. das Amt angenommen hat.

§ 39.

Landeswasseramt 10. 7. 17, vgl. oben S. 436 zu Art. 65 EGBGB.

§§ 40, 41.

RG. 28. 6. 16 (JDR. 15 Ziff. 1) auch 88, 345.

§ 41.

Schrifttum: Werneburg, Verfügungen über die ererbte Briefhypothek, BayNotZ. 17, 161.

1. Darmstadt 7. 1. 16 (JDR. 15 Ziff. 4) auch RJA. 15, 155, R. 17 Nr. 1319.

2. KG. 22. 6. 16, KGJ. 49, 174, RJA. 15, 242. Wird durch die beantragte Eintr. das Recht des Erbeserben des eingetragenen Berechtigten betroffen, so ist die vorherige Eintr. des Erbeserben nicht nur dann entbehrlich, wenn die beantragte Eintr. auf Grund der Bew. eines von dem eingetr. Berechtigten für seinen Nachlaß ernannten Testaments-

vollstr. erfolgen soll, sondern auch dann, wenn der zur Bew. befugte TestVollstr. von dem Erben des eingetr. Berechtigten für den Nachlaß des Erben ernannt ist.

§ 42.

1. **RG.** 3. 10. 17, R. 17 Nr. 2087. Gehen beim GrundbR. bezüglich einer Hyp. zwei Anträge ein, zwischen denen ein Interessenwiderstreit offensichtlich ist — Vorrangseinräumung und Abtretung — so darf er nicht den zu dem zweiten Antrag eingereichten HypBrief dazu benützen, vorab gemäß dem ersten Antrag eine Eintr. vorzunehmen. Der Umstand, daß der Brief aus irgendeiner anderen Veranlassung sich im Gewahrsam des GrundbA. befindet, steht schon nach dem Wortlaut der Vorschrift einer „Vorlegung“ nicht gleich.

2. KG. 23. 9. 15, OLG. 34, 205. Bei der nachträgl. Eintr. einer Zinserhöhung über 5 v. H. und einer Vertragsstrafe bedarf es keiner Eintragung bei der nachfolgenden Hyp. und demzufolge auch nicht der Vorlegung des Briefes über diese Hyp.

§ 45.

Kreß, Nichtunterschriebene Eintragungen im Grundbuche, BayNotZ. 17, 121. Ist die Unterschrift unter einer Eintr. versehentlich unterblieben, so kann auch der Amtsnachfolger oder der Vertreter des Grundbuchbeamten, dem das Versehen unterlief, die Eintr. nachträglich mit — selbstverständlich nur seinem eigenen — Namen unterzeichnen.

§ 48.

1. **RG.** 16. 5. 17; 90, 232, RJA. 15, 222. Das Pfandrecht an dem Anteil eines Miterben am ungeteilten Nachlaß kann auf ein zum Nachlasse gehörendes Grundst. eingetragen werden, und zwar in Preußen in Abt. II des GrundbBlatts.

2. KG. 10. 7. 16, KGJ. 49, 207. Eintragungsfähigkeit der bedingten Abtretung einer Hyp. zu vgl. bei §§ 13ff. Ziff. 4.

§ 50.

KG. 30. 11. 16, KGJ. 49, 187. Bedingungen und Befristungen gehören nicht zum Inhalte des Rechtes und können daher nicht durch Bezugnahme auf die EintrBew. eingetragen werden.

§ 52.

1. **RG.** 28. 10. 16; 89, 53, RJA. 15, 149. Das Recht des Nacherben ist auf das dem Vorerben bei der Auseinandersetzung mit seinem Miterben auf seinen Erbteil zugeteilte Bruchteilseigentum am Nachlaßgrundstück auch dann einzutragen, wenn der Vorerbe dafür auch die auf dem Nachlaßgrundstück lastenden Hyp. als Selbstschuldner übernommen hat.

2. KG. 6. 7. 16, KGJ. 49, 177, OLG. 34, 222. Ist der Vermerk über das Recht des Nacherben irrtümlich gelöscht, so darf nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge seine erneute Eintragung oder die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung nicht mehr erfolgen. Der tatsächl. Inhalt des Vermerkes würde nicht mehr der wirklichen Sachlage entsprechen, und der GrundbR. ist verpflichtet, das Grundb. von Eintr., deren Unrichtigkeit er kennt, freizuhalten.

3. Dresden 3. 4. 16, SächsOLG. 37, 352. Wird ein Nachlaßgrundst. den Erben eines Miterben, der im Gegensatz zu den übrigen Miterben mit einer Nacherbschaft nicht beschwert ist, vom Testamentsvollstr. in Ausübung der von ihm vorgenommenen Auseinandersetzung aufgelassen, so bedarf es keiner Eintr. des Rechtes der Nacherben, auch wenn die einzutragenden Erben zu den mit einer Nacherbschaft beschwerten Miterben nach der ursprüngl. Erblasserin gehören.

§ 54.

1. KG. 23. 11. 16, KGJ. 49, 232. — Vgl. zunächst oben Ziff. 2 zu § 867 ZPO. — Das bloße Fehlen des Vermerkes über die Vereinigung eines Grundst. oder seine Zu-

schreibung als Bestandteil in Sp. 12 der Abt. I des Bestandsverzeichnisses macht die neue Eintr. des nunmehr unter einer besonderen laufenden Nr. des Bestandes gebuchten Grundst. nicht inhaltlich unzulässig. Das Grundb. ist jedoch unrichtig, wenn es an einem Antrag des Eigent. auf Bildung eines selbst. Grundst. fehlt.

2. LG. Mainz 2. 6. 17, HessRspr. 17, 221. Die Gesetzwidrigkeit der inhaltlich unzulässigen Eintragung muß aus ihrem Inhalte selbst ersichtlich sein.

§ 55.

KG. 18. 4. 16, KGJ. 49, 239, RJA. 15, 236. Der Bekanntmachungspflicht wird durch die Übersendung des HypBriefs, in den der EintrVermerk aufgenommen ist, genügt, und zwar auch dann, wenn der BekanntmEmpfänger eine Behörde ist.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

KG. 3. 6. 16, KGJ. 49, 179, RJA. 15, 238. Durch die Löschung eines Widerspruchs wird das Grundb. auch dann nicht unrichtig, wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt.

§ 71.

1. Du Chesne, ZBlFG. 17, 373 kommt zu dem auch von Karlsruhe 30. 3. 15, RJA. 14, 239, ZBlFG. 16, 550 gefundenen Ergebnisse, daß dem Grundstücksberechtigten gegen die Gewährung der Einsicht des Grundb. eine Sachbeschwerde überhaupt nicht zusteht (aM. Güthe A. 29 Abs. 2, Predari A. 4).

2. KG. 24. 2. 16, KGJ. 49, 146, RJA. 15, 165, R. 17 Nr. 1320. Ordnet das GrundbA. die Löschung einer Eintr. wegen inhaltlicher Unzulässigkeit von Amts wegen an und macht es diese Anordnung den Beteiligten bekannt mit dem Anheimstellen, die Ansicht des GrundbA. durch Beschw. gegen die Anordnung zu bekämpfen, sowie mit dem Hinweise, daß, wenn bis zu bestimmter Zeit Beschw. nicht eingelegt sei, die Löschung erfolgen werde, so ist gegen die Anordnung der Löschung die Beschw. zulässig.

3. KG. 2. 11. 16, KGJ. 49, 229 (zu vgl. auch KG. 15. 6. 16, RJA. 15, 240). Eine Beschw., die sich nur gegen die Fassung einer Eintr. wendet und eine Ergänzung erstrebt, richtet sich nicht gegen die Eintr. selbst und ist deshalb zulässig.

4. KG. 29. 4. 15, OLG. 35, 9. Wenngleich es in der Regel nicht als zweckmäßig bezeichnet werden kann, auf GrundbAnträge nur mündl. zu entscheiden, weil es sich dabei leicht ereignen kann, daß die Anträge nicht ordnungsmäßig erledigt werden und weil über den Inhalt der Entsch. häufig Unklarheit entstehen wird, so ist doch eine mündliche Entsch. an sich nicht ausgeschlossen und kann die Grundlage eines BeschwVerfahrens bilden, vorausgesetzt, daß es sich in der Tat um eine Entsch. und nicht bloß um eine vorläufige Meinungsäußerung handelt. Diese Voraussetzung liegt hier vor, wie schon der Hinweis, A. möge sich über die mündl. Eröffnung beschweren, zeigt.

§ 73.

KG. 4. 5. 16, KGJ. 49, 144. Bei Einlegung von Beschw. zu Prot. des GrundbA. ist eine Unterzeichnung durch die Beteiligten nicht erforderlich. Die ausdrückl. Ablehnung der Unterschrift kann jedoch nach Lage der Sache ergeben, daß eine Erklärung der Beteiligten nicht vorliegt.

§ 75.

KG. 29. 4. 15, OLG. 35, 9. Das BeschwG. darf die Beschw. nicht zurückweisen, wenn es eine andere Ergänzung des Antrags für notwendig hält, als das GrundbA. dem Antragsteller aufgegeben hat.

§ 77.

KG. 11. 11. 15, SeuffA. 72, 279. Beschlüsse der BeschwInstanz in GrundbSachen sind auch in tatsächl. Beziehung ausreichend zu begründen. Für das Gericht des dritten Rechtszugs sind die in der angefochtenen Entsch. festgestellten Tatsachen maßgebend und es dürfen außer diesen andere Tatsachen in der Regel nicht berücksichtigt werden.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 90.

1. KG. 10. 7. 16, KGJ. 49, 160. Das KG. hält an dem Rechtssatze des Beschl. vom 16. 2. 03 (KGJ. 26 A 115), wonach zur rechtsgeschäftl. Übertragung des Eigentums bei einem im Grundb. nicht eingetragenen, bisher von dem Buchungszwange befreiten Grundstücke die vorherige Anlegung eines GrundbBlatts für den Veräußerer erforderlich ist, wenn der Erwerber nicht gleichfalls vom Buchungszwange befreit ist, trotz der abw. Ausführungen von Colmar 10. 3. 08 (OLG. 18, 195) fest.

2. KG. 13. 1. 16 KGJ. 49, 156, OLG. 35, 339. Hat die Generalkommission in einem durch sie vermittelten Rentengutsverfahren einen Antrag auf Anlegung eines GrundbBlatts für ein buchungsfreies Grundstück einer Gemeinde gestellt, so ist das Anlegungsverfahren von Amts wegen zu betreiben. Da das Anlegungsverfahren landesherrl. Verordnung vorbehalten ist, so finden darauf die Verfahrensvorschr. der GBO. nicht ohne weiteres, sondern nur dann Anwendung, wenn die VO. es ausdrücklich vorbehält. Da die Preuß. VO. v. 13. 11. 99 keine solche Bestimmung enthält, fallen die BeschwVorschriften der GBO. fort; hierfür greifen lediglich die Artt. 3ff. Preuß. FGG. Platz. Deshalb ist auch kein Raum für eine Zwischenvfg. aus § 18 GBO. Da es sich nach Stellung des Antrags um ein von Amts wegen zu betreibendes Verfahren handelt, kann eine Fristbestimmung mit der Folge der Zurückverweisung des Antrages für den Fall der Nichtbehebung des Hindernisses nicht in Frage kommen.

§ 99.

KG. 14. 6. 17, R. 17 Nr. 1893. Der in Art. 10 Preuß. AGGBO. enthaltene Anweisung an die preuß. NachlaßG., ein Zeugnis auszustellen, nach dessen Inhalt die Erbfolge zum Zwecke der grundbmäßigen Vollziehung der in Ansehung eines Nachlaßgrundst. getroffenen Erbauseinandersetzung bescheinigt wird, setzt voraus, daß für die Eintragung ein preuß. GrundbA. zuständig ist.

G. Pätz'sche Buchdr. Lippert & Co. G. m. b. H., Naumburg a. d. S.

